

論 説

基地騒音の差止請求と改正行政事件訴訟法

岡 田 正 則

- 1 はじめに
- 2 行政機関の事実行為に関する救済制度の変遷
- 3 自衛隊機騒音の差止請求
- 4 米軍機騒音の差止めまたは義務確認の請求
- 5 結論

1 はじめに

自衛隊基地・米軍基地の航空機騒音に起因する深刻な生活妨害をめぐって、これまでに多数の訴訟が提起されてきている。裁判所は損害賠償請求については認容するが、被害の原因である騒音そのものの差止めは認めてこなかった。⁽¹⁾しかし、継続的な生活妨害に対する救済は、加害行為そのものを除去するという方法で行われなければならないはずである。また、基

(1) 本稿が主な考察対象とする厚木基地の騒音公害については、1976（昭和51）年の第1次訴訟の提起以来、本件に至るまで4次にわたる訴訟があり、また、横田基地（米軍）・嘉手納基地（米軍）・普天間基地（米軍）・岩国基地（米軍・自衛隊）・小松基地（自衛隊）など全国の軍事基地の騒音等について、差止請求および損害賠償請求の訴訟がくり返し提起されている。なお、本稿は、厚木基地騒音訴訟（行政訴訟）（平成19年（行ウ）第100号、航空機運航差止等請求事件）について、横浜地裁宛に提出した2012（平成24）年12月1日付の鑑定意見書を一部補訂して作成したものである。

地騒音については、損害賠償制度に通常期待される加害行為抑止の機能がまったく働かない状態にある。厚木基地騒音公害の差止めが求められている事件（以下「本件」という）についていえば、過去の最高裁判所の判決によって基地使用が違法な状態にあることが確認されているにもかかわらず、国は違法状態を是正することなく使用を継続し、これによって周辺住民の被害は拡大し続け、しかもこの違法状態について是正の見込みは立てられていないのである。したがって、司法的な救済のあり方として、損害賠償を認めるだけでは足りず、加害行為を事前に差し止めることが不可欠だ、ということは明白である。

国の施設から生じる騒音等による被害について、大阪国際空港騒音訴訟最高裁判決以降、周辺住民がどのような手段で司法的な救済を求めうるかが不明瞭な状況になった。周知のように、同最判に対しては強い批判があり、その是正は不可欠である。⁽²⁾とはいえ今日、国営空港・自衛隊基地以外の施設については、民事訴訟による差止めを認めるのが判例であり、また国営空港については、一定の解決方向が示されている。⁽³⁾

では、基地騒音の場合はどうか。自衛隊機騒音に対する差止請求について、厚木基地訴訟（第 1 次）最高裁判決（最判1993 [平成 5]・2・25民集47 卷 2 号643頁、判時1456頁32頁。以下「厚木基地最判」という）は、何が公権力の行使に該当するのかを明らかにしないまま、民事差止請求を却下した。法律上の争訟であることが明らかな事件について司法裁判所が裁判を行わないという異常な事態——憲法32条・裁判所法 3 条違反の状態——が続いているのである。仮に、自衛隊機の騒音に対する救済手段として民事差止訴訟が不適法な訴えだというのであれば、いかなる手段によるべきなのかを裁判所は明らかにする責任がある。

(2) 同判決に対する批判および判例・裁判例の状況の概観として、岡田正則「公共事業の公権力性と差止訴訟——厚木基地訴訟（第一次）最高裁判決の再検討——」法律時報70巻 6 号（1998年）101頁の注（3）（4）を参照。

(3) 後掲注（24）（25）（26）参照。

米軍機騒音に対する差止めの請求については、これまで、「条約ないしこれに基づく国内法令に特段の定めのない限り……被告人〔国〕に対してその支配の及ばない第三者の行為の差止めを請求するものというべきであるから、本件米軍機の差止請求は、……主張自体失当として棄却を免れない」という判断が最高裁等で繰り返し出されている。しかし、厚木基地に関する限り、その滑走路等の施設利用に関しては日米地位協定（日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第6条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定）2条4項（b）に基づく日本国政府の管理権が当然に及ぶと解される。裁判所の従来の解釈は米軍の基地利用に関する同条1項（a）・4項（a）の規律と4項（b）の規律とを混同してきたようであり、改められなければならない。

本稿は、以上のような錯綜した判例の状況をふまえて、まず、このような状況に至ってしまった歴史的・制度的な原因を確かめ、次に、2004年に抜本改正された行政事件訴訟法に基づいた解決方向を示し、訴訟要件等に関する具体的な解釈論を考察した上で、現行法制の下で差止めの請求が可能であることを述べる。

2 行政機関の事実行為に関する救済制度の変遷

——理論的・制度的混乱の歴史的原因——

（1）問題の背景——「行政処分」の一種としての事実行為

事実行為は、行政指導のような精神作用の行為と公共工事のような物理的作用の行為に区分されるが、本件で問題とされている航空機の運航は後者に該当するので、以下では、後者に限定して論じる。

1）帝国憲法による「行政処分」概念の導入と事実行為事件

大日本帝国憲法（1889年）61条は、行政裁判所設置の方針を明示すると

ともに、「行政官庁ノ違法処分」による権利侵害事件を行政裁判所が概括的に管轄する旨を定めた。ここにいう「行政……処分」は、当時のフランス行政訴訟法制の“acte administratif”に倣ったものであり、公土木等の事実行為を含む概念であった。⁽⁴⁾同条を承けて制定された行政裁判法(1890年)は、行政裁判所の訴訟事件の管轄に関する一般概括主義を否定し、事件管轄を限定する列記主義を採用したが、その具体化法である「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」は「水利及土木ニ関スル事件」を行政処分事件の一つとして列挙した。また、同年制定の訴願法1条も、同様にこれを訴願事件として列挙した。つまり、1890年ころの法制度形成・確立期の諸立法において、事実行為は「行政処分」の一種として位置づけられたのである。

注意を要するのは、この時期の「行政処分」概念は公権力性をその要素としていなかったことである。⁽⁶⁾「水利及土木ニ関スル事件」が司法裁判所ではなく行政裁判所の管轄事件とされたのは、フランスの場合と同様に、公役務に関する事件とみなされたからだと考えられる。

(4) 以下については、岡田正則『国の不法行為責任と公権力の概念史——国家賠償制度史研究』(弘文堂、2013年)第一部第三章および第二部第三章、同「事実行為の権力性に関する一考察——渡辺洋三『農業水利権の研究』を手がかりとして」戒能通厚・原田純孝・広渡清吾編(渡辺洋三先生追悼論集)『日本社会と法律学』(日本評論社、2009年)223頁参照。なお、本稿では、引用にあたって旧字体の漢字表記を新字体に改めた。

(5) “acte administratif”を「行政処分」として取り入れたことについては、伊藤博文編『秘書類纂・官制関係資料』(原書房、1969年)367頁、369頁、行政裁判所編『行政裁判所五十年史』(行政裁判所、1941年)26-28頁参照。

(6) 帝国憲法61条の「処分」のドイツ語訳は“Massnahmen”(英語訳では“measure”)であるが、これに対して日本国憲法81条の「処分」の訳語が“Hoheitsakte”(英語訳では“official act”)とされていることと比べてみると、帝国憲法61条の「処分」には明らかに「公権力」の含意が欠けている。19世紀末から20世紀後半に至るまでの「処分」概念の変遷については、後掲注(7)参照。

2) 「行政行為」概念の浸透と「行政処分」概念の変容

上記と同じ時期に、ドイツにおいて行政法理論を体系化しつつあったオットー・マイヤーは、フランスにおける行政事件のメルクマールである“acte administratif”を、ドイツの行政法理論上で“Verwaltungsakt”（行政行為）として移入することを試みていた。後者は国・公共団体が公権力の主体であることを特徴とする概念であり、公物・营造物の利用関係もここに組み入れられるべきものとされた。このようなマイヤーの「行政行為」概念は、ドイツにおいて1910年代には通説的な地位を占めるようになり、美濃部達吉によるマイヤーの『ドイツ行政法』の翻訳などを通じて、⁽⁷⁾日本にも強い影響を与えた。裁判実務においても、1916（大正5）年の大審院判決（徳島市立小学校遊動円棒事件判決）が国・公共団体の活動に関して権力作用と非権力作用の区別を持ち込んだことを契機として、⁽⁸⁾「行政処分」に代って「公権作用タル行政行為」といった表現が多用されるようになった。

「行政処分」が権力的作用であるという理解が浸透するにつれて、学説では、法令が「行政処分」事件として水利・土木事件を列挙していることについて、違和感が表明されるようになった。必ずしも権力的作用とはいえない水利・土木工事（事実行為）を行政処分的一种として扱うことは理論的・制度的混乱だ、と考えられたのである。例えば、美濃部達吉は、行

(7) この経緯については、岡田・前掲注(4)『国の不法行為責任と公権力の概念史』40-42頁、203-205頁。

(8) 大判1916（大正5）・6・1民録22輯1088頁。本件は、市立小学校校庭に設置されていた遊動円棒が朽ちていたために児童が墜落・死亡したことについて、その保護者が損害賠償を請求した事件である。市（被告、上告人）は、設備の管理も营造物管理権の一環として「行政法上ノ行為」に該当し、民法の適用範囲外であると主張した。これに対し、同判決は、小学校の管理を「行政ノ発動」とみなしながらも、その管理権に包含される設備の占有権を公法上の権力関係ではなく、私法上の占有権と同様のものだとして位置づけることによって、当該設備に起因する損害について民法717条を適用した。この判決によって、大審院は、行政活動について分解的構成を行い、民法に基づく救済を開始したのである。

政訴訟が対象とすべき「行政行為」について、「行政訴訟の目的としての行政庁の処分は、法律的行為のみを意味し、一般には事実的作用を含まないものと解せねばならぬが、唯水利及び土木に関する事件に付いて、例へば、河川工事・堤防工事・道路工事の如き公共の営造物に関する工事に依り、違法に人民の権利を毀損した場合に、行政訴訟を以つて其の工事の差止・設計の変更・原形回復又は除害施設を請求しうべきや否やに付いては、疑が有り、判例は此の如き公共的工事の施行を以つて法律の所謂行政庁の処分に該当するものと為し、これを以つて行政訴訟の目的となり得べきものとして居る。〔しかし〕……法律の所謂『行政庁ノ違法処分』とは、専ら法律的行為のみを意味し、事実上の作用を含まないものと解することが、文字解釈としては当然でなければならぬ」と解説していた。⁽⁹⁾ 後述のように、「行政処分」と「行政行為」という 2 つの概念は、戦後の田中二郎説に至って同一視されることになるのである。

3) 行政裁判所による事実行為事件の審理

戦前の行政裁判所は、公共工事に関する事実行為の事件も審理の対象とし、「行政処分」の変更・差止め・原状回復の判断も下した。⁽¹⁰⁾ 例えば、国による河川の遮断閉塞工事に対して水車業者が河川締切工事に対する「不当処分取消請求ノ訴」を提起して一部原状回復を求めた事案において、行政裁判所は「同条〔河川法60条〕ニ所謂行政処分中ニハ独り意思表示トシ

(9) 美濃部達吉『日本行政法』(有斐閣、1936年) 925-926頁。

(10) 行判1913 (大正2)・12・11行録24輯1032頁 (水車新設願却下処分取消請求の訴え)、行判1917 (大正6)・3・26行録28輯227頁 (道路堤防等の工事の差止めおよび原状回復を求める訴え)、行判1926 (大正15)・11・3行録37輯1261頁 (河川締切工事に対する取消請求の訴え)、行判1935 (昭和10)・12・21行録46輯1104頁 (境界査定に対する不服の訴え)、行判1940 (昭和15)・8・5行録51輯579頁 (土地区画整理換地等不服の訴え) など。水利土木事件の位置づけを含め、行政裁判所における事件類型ごとの処理状況については、垣見隆禎『『行政裁判所判決録』にみる戦前日本の国と自治体』行政社会論集15巻2号 (2003年) 59頁以下が参考になる。

テノ行政処分ノミナラス本件工事ノ如キ事実上ノ行政行為ヲモ包含セシムルノ法意ナリト解スルヲ相当トス」と判示している。⁽¹¹⁾また、行政裁判法の改正作業においても、事実行為に関する救済の途を設けるべきものとされていた。例えば、1928（昭和3）年の行政裁判法改正綱領は「公共工事ニ対スル差止メ又ハ原状回復ノ訴」を設けることとし、1932（昭和7）年の行政訴訟法案10条は「国又ハ公共団体ノ為ス公共用営造物ノ施設ニ依リ違法ニ權利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政訴訟ヲ以テ其ノ施設ノ撤廃、変更又ハ原状回復ヲ請求スルコトヲ得」としていた（抗告訴訟・当事者訴訟という訴訟類型もこの案の中で提示された⁽¹²⁾）。戦後に制定された行政事件訴訟特例法1条が抗告訴訟を「行政庁の違法な処分の取消又は変更に係る訴訟」と定義したのも、また行政不服審査法2条が行政処分に「事実上の行為」を含めたのも、そして以下に述べる現行行政事件訴訟法の制定作業において事実行為に対する抗告訴訟を法定することが検討されたのも、戦前のこうした裁判実務および法案作成作業にその淵源があったことが理解できよう。

4) まとめ

戦前の立法と実務においては、「行政処分」は水利土木工事等の事実行為を含む概念であり、また、非権力的作用を含む広範な行政活動を指すものであったが、1910年代以降に「行政行為」概念が浸透するにつれて、「行政行為＝公権力の行使＝行政処分」という解釈に近づいていった。そして、戦後、行政事件の担当が行政権から司法権に変更されたことともなって、法的な「公権力の行使」とはいえない事実行為を「行政処分」概念から排斥する解釈が有力になっていくのである。

(11) 行判1926（大正15）・11・3・前掲注（10）。下線は引用者。

(12) 美濃部達吉『行政裁判法』（千倉書房、1929年）第一付録4-5頁、行政裁判所編・前掲注（5）434頁・449頁、田中二郎『行政争訟の法理』（有斐閣、1954年）462頁・471頁。

(2) 問題の顕在化とその隠ぺい

——事実行為に対する救済の途の閉塞

1) 「行政処分＝行政行為」という解釈の確立

戦後に制定された行政事件訴訟特例法(1948年)は、行政事件を「行政庁の違法な処分の取消又は変更に係る訴訟その他公法上の法律関係に関する訴訟」と定義した(1条)。取消訴訟だけでなく、「変更」訴訟も含めていた点に、上述のような行政裁判所の実務や行政裁判法改正案との連続性を見出すこともできるが、いずれにしても、事実行為に関する救済の途は不明瞭となった。

行特法の規定では「行政処分」と「行政行為」とは、必ずしも同じ概念とは考えられていなかった。しかし、アメリカ占領軍総司令部による占領行政の終了後、行政争訟制度を整備・確立するための作業として、行政事件訴訟法の立法作業が開始される時期になると、この二つの概念は、当時通説化しつつあった田中二郎の学説において完全に同一視されることになった。すなわち、彼は、行政行為を「行政庁が、具体的事実について、公権力の行使として、何が法であるかを宣言する行為」と定義するとともに、これを法令用語としての「処分」と等置することによって、「行政行為＝公権力の行使＝行政処分⁽¹³⁾」という見解を提示したのである。このような見解は1950年代には通説化したが、この見解を前提とした行政事件訴訟法の立法作業は、事実行為に対する救済の訴えをどのような類型として構成するか、あるいはこれを行政訴訟・民事訴訟の中のどこに位置づけるのかといった困難な課題を、抱え込むことになった。

(13) 田中二郎『行政法総論』(有斐閣、1957年)258-259頁。ただし、田中は、この時点では、上記の見解を少数説と位置づけ、行政行為に公法上の契約・協定を含める美濃部説を通説としていた。

2) 行政事件訴訟法の立案作業における事実行為事件の位置づけの混迷

行政事件訴訟法の草案審議の過程では、「取消の訴」や「裁決取消の訴」と並んで、抗告訴訟の一種として「公共工事の訴」を導入することも検討されていた。そして「行政処分」概念が公権力性を要素とする理解に変化したことを反映して、事実行為の理解は、公権力的行為の一種と位置づけられていた。事実行為に対する訴えの主な案を挙げれば次のとおりである。⁽¹⁴⁾

1956年8月・要綱草案「国又は公共団体の違法な公共用营造物の工事に対する差止めまたは原状回復の訴訟」

1956年10月・要綱試案「行政庁の違法な公共用营造物の工事その他行政権の行使にあたる行為の差止めまたは原状回復を求める訴訟（以下この訴を公共工事等の訴という）」

1958年2月・要綱試案（第二次）「行政庁の公権力の行使にあたる事実上の行為（以下単に事実行為という。）によって生じた違法状態の排除を求める訴訟（以下この訴を事実行為の訴えという。）」

1958年5月・要綱試案（第三次）「事実行為の取消の訴 行政庁の公権力の行使にあたる事実上の行為（以下単に事実行為という。）の取消を求める訴訟をいう。」

1959年5月・要綱試案（第三次案の整理案）「処分の取消の訴 行政庁の処分その他公権力の行使にあたる行為（次号に規定する裁決、裁定、決定その他の行為を除く。以下単に「処分」という。）の取消を求める訴訟をいう。」

上記要綱試案（第三次）の審議において、田中二郎は、行政処分の取消と同様に、違法な事実行為の撤廃や原状回復も違法状態の排除であるという立場から、「例えば河川工事をやったそのために違法に私権が侵害された場合に完全にその原状回復するのがいいと考えるのであれば原状回復

(14) 塩野宏編『行政事件訴訟法〔昭和37年〕（4）・日本立法資料全集38』（信山社、1994年）123頁・139頁・162頁・173頁。下線は引用者。

すればいい」と、給付判決による救済が必要である旨を力説した。1958年5月の同案の時点まで、立案担当者が事実行為を行政処分的一种と理解し、これへの対応を重視していたことが分かる。しかし、幹事会を構成する委員らはこの主張を受け入れなかった。その主な理由は、第一に、事実行為に対する原状回復命令が処分取消訴訟による救済（取消判決）とのバランスを失する点⁽¹⁵⁾、第二に、こうした命令が司法裁判所の権限の限界を超えると考えられる点⁽¹⁶⁾、にあった。民事事件の特殊な類型として行政事件を捉える裁判官委員らの感覚によれば、法的効果をともなわない行政活動の取消しや変更は、法技術的にも困難であったし、また司法権の権限行使の許容範囲を超えるもの——行政権の領域を侵犯するもの——と考えられたのである。

かくして第三次案の整理案においては、「事実行為の取消の訴」という類型さえも削除され、事実行為に関する救済方法は「処分の取消の訴」に吸収されることになった。「いわゆる行政処分と事実行為との限界は明瞭でなく、また、区別する実益もないから、事実行為の取消の訴を独立した

(15) 例えば中村治朗（幹事）は、田中の主張に対して、「出入国管理令による収容、これは事実行為として、収容に原状回復までもし求められるということであり、それ以外の何らかの行政処分にもとづいて身柄を拘束されているという場合には取消訴訟で行政処分の取消でいくわけですね。後は身柄を元へ戻すという請求は、取消訴訟の場合には田中（二）委員のおっしゃるように原状回復としては認められないということであり、同じく身柄を拘束している違法な状態について、片方の事実行為の場合は原状回復までゆき、取消訴訟の場合には原状回復までゆかないというのはアンバランスだということなんですがね」と述べている。塩野宏編『行政事件訴訟法 [昭和37年] (2)・日本立法資料全集 6』（信山社、1992年）1078頁。

(16) 例えば杉本良吉（幹事）は、「従来、裁判所の考え方によりますと処分というのは意思表示的な、法律行為的なものだ、事実行為を含まないという考え方が非常に強いのです。だからそういう点からすれば、この法律もその考え方を前提にして規定してゆく方がよいかも知れないと思われます」、「裁判所の性格から言ってしまうような変更処分は、裁判所としては、できないのだという従来の見解に従ってよいと思われます」と述べている。塩野編・同上1083頁。

訴の形式として規定するよりも、処分の取消の訴に含めて規定する方が適当である⁽¹⁷⁾」というのがその理由であった。そして、国会審議での行政事件訴訟法案逐条説明では、同法3条2項について、「現行法〔行政事件訴訟特例法〕と異なり、『その他公権力の行使に当る行為』の文字を付加致しましたのは、精神病患者の即時強制収容等いわゆる事実行為をこれに含める趣旨である⁽¹⁸⁾」と説明されている。

3) 行政不服審査法の「行政処分」概念と事実行為事件

一方、行政不服審査法の立法では、明文で公権力的事実行為を行政処分に加えた⁽¹⁹⁾。同法は、2条において、「この法律にいう「処分」には、各本条に特別の定めがある場合を除くほか、公権力の行使に当たる事実上の行為で、人の収容、物の留置その他その内容が継続的性質を有するもの（以下「事実行為」という。）が含まれるものとする」と定義することによって、継続的性質を有する事実行為が「処分」の中に含まれることを明示するとともに、当該事実行為に関する裁決の方法として、40条4項において、「事実行為についての審査請求が理由があるときは、審査庁は、処分庁に対し当該事実行為の全部又は一部を撤廃すべきことを命ずるとともに、裁決で、その旨を宣言する」といった、特別の救済方法を定めている。これは、行政事件訴訟法が「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」の中に公権力的事実行為を埋め込んで、事実行為という用語を採

(17) 第三次案・整理案における説明。塩野編・同上225-226頁。

(18) 塩野宏編『行政事件訴訟法〔昭和37年〕（5）・日本立法資料全集39』（信山社、1994年）44頁。下線は引用者。あわせて、広木重喜「事実行為に対する行政訴訟」鈴木忠一・三ヶ月章編『実務民事訴訟講座8』（日本評論社、1970年）31-34頁も参照。

(19) 行政不服審査法の制定経過、「処分」の定義等については、岡田正則「訴願法と行政不服審査法——歴史的脈絡からみた行政不服審査制度改革の課題」行財政研究70号（2008年）11頁および同「行政不服審査の対象」福家俊朗・本多滝夫編『行政不服審査制度改革』（日本評論社、2008年）64頁以下。

用せず、またこれに関する規定も置かなかったことと比べると、かなり様相が異なる。「両法の規定の仕方は、必ずしも平仄のあったものとはなっていない⁽²⁰⁾」のである。

4) まとめ

以上のように、戦後の立法者は、「行政処分＝公権力の行使」という理解に立って、権力的作用とみなしうる事実行為を、明示的（行政不服審査法）または黙示的（行政事件訴訟法）に、「行政処分」概念に含めたのである。

（３）問題の深刻化ないし混迷

——司法実務における事実行為の位置づけをめぐる分裂

1) 大田区ごみ焼却場事件最高裁判決による事実行為事件の排斥

行政争訟法制をめぐる以上のような法状況の下で、事実行為に関わるいくつかの訴訟が提起された。その一つが東京都大田区ごみ焼却場事件である。同事件について最高裁は、「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成またはその範囲を確定することが法律上認められているもの」という「処分」の定義を示した後、ごみ焼却場の設置行為を内部的手続行為と私法上の契約行為とに分解した上で、その設置行為は両者の複合であって、「都が公権力の行使により直接上告人らの権利義務を形成し、またはその範囲を確定することを法律上認められている場合に該当するもの⁽²¹⁾ということを得ず」という理由で、「行政庁の処分」にあたらないと判示した。この結果、戦前の行政裁判所が担っていた事実行為の救済方法は、不明になってしまった。同判決の後、歩道橋設置行為の取消しについて、当該行為を行政処分

(20) 広木・前掲注 (16) 35頁。

(21) 最判1964（昭和39）・10・29民集18巻 8 号1809頁（大田区ごみ焼却場設置事件）。

の一種と認めた東京地裁の決定もあったが、⁽²²⁾同事件の本案の控訴審はこの
⁽²³⁾ような判断を否定した。こうして“分解的構成”が判例として理解される
 ようになった結果、公共工事・公共施設運営にともなう生活妨害には「処
 分」の要素が存在しないという理解の下で、この種の生活妨害に対して救
 済を求める訴えは民事訴訟で争われることになったのである。

2) 大阪空港訴訟最判・厚木基地最判による民事事件としての 解決の否定

このような状況を一変させたのが、大阪空港訴訟最高裁判決（最大判
 1981〔昭和56〕・12・16民集35巻10号1369頁）であった。同判決は、民事訴訟
 による夜間の離発着の差止請求を認容した控訴審判決を覆し、運輸大臣の
 空港管理権という私法上の権限と航空行政権という公法上の権限とは不可
 分一体であるから、「行政訴訟の方法により何らかの請求ができるかどう
 かはともかくとして」民事訴訟による請求はできない、と判示したのであ
 る。しかしこの後、公共施設に対する民事訴訟での差止請求をすべてしり
 ぞけるという立場に最高裁が立ったわけではない。例えば、行政財産の通
 常使用は民事上の関係であるとし、国道の供用行為や国の行う公共事業に
 対する民事差止訴訟の提起を認めている。⁽²⁴⁾他方、自衛隊飛行場について

(22) 東京地決1970（昭和45）・10・14行集21巻10号1187頁。同決定は、住民の申立
 ては執行停止の要件を充たさないものとして結局却下したが、その前提として、横
 断歩道橋設置行為を抗告訴訟の対象と認めた（起工決定と架設契約という私法行為
 とを複合した一体的行為として観念した）。

(23) 東京高判1974（昭和49）・4・30行集25巻4号336頁。

(24) 最高裁は、最判1987（昭和62）・5・28判時1246号80頁（日本原演習場訴訟）
 において、自衛隊の演習場について、公用財産の通常使用は民事上の関係である
 とし、最判1995（平成7）・7・7判時1544号18頁（国道43号線公害訴訟）において、
 道路の供用行為について、騒音防止の管理権の行使が多様でありうることを理由と
 して不可分一体論を採らずに民事差止訴訟の提起を認めた控訴審判決（大阪高判平
 成4・2・20判時1415号3頁）を是認している。最判1998（平成10）・7・16訟月
 45巻6号1055頁（紀宝バイパス道路建設工事差止請求事件）でも同様の判断を示し
 た。また、下級審では、実施主体が公団である場合にも不可分一体論が採れないの

は、前述の厚木基地最判が、自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限行使は「公権力の行使に当たる行為」であるのでその離発着の差止請求は民事上の請求としては許されない、という論理を用いて、訴えを却下した。同最判に対しては、行政組織内部での防衛庁長官の行為に対外的な法効果を結びつけることはできない、法律上の根拠なしに行政機関が国民に義務を課すことはできない、等の批判がある。

3) まとめ——軍事基地以外の事実行為事件に関する救済の途

三面的な関係の場合（公共用財産の場合）、「不可分一体論」が妥当するのは国土交通大臣が管理する国営空港に限定されつつある。それ以外の公共施設（例えば国道など）の供用行為は、従来の理解（管理関係、つまり基本的には私法的な関係と同質であるという理解）で処理されるようになっていく。また、国営空港については、新潟空港判決が抗告訴訟による救済の途を示したものとされている⁽²⁵⁾（2004年に改正された現行の行政事件訴訟法の下では、可能性として、同法 3 条 6 項 1 号所定の義務づけ訴訟による義務づけ判決または 3 条 7 項所定の差止め訴訟による差止め判決に基づいて騒音被害の防止を図ることも考えられよう⁽²⁶⁾）。

で民事差止訴訟の提起を認める方向が定着している（名古屋新幹線訴訟、長良川河口堰訴訟など参照）。上記最判1998・7・16についての吉川隆「解説」は、「道路工事というような事実行為に行政処分が介在している場合であっても、当該事業に公共性が存在することから直ちにその事実行為に公権力性があるとまではいえず、民事差止訴訟が不適法とまではいえないであろう」としている（訟務月報45巻6号1060頁）。同事件では、民事差止訴訟の適法性は争点とされておらず、また、最高裁も訴えが適法であることを前提として判断を行っている。

(25) 最判1989（平成元）・2・17民集43巻2号56頁。園部逸夫「行政訴訟と民事訴訟再論」園部・成田頼明ほか編『行政法の諸問題・中』（有斐閣、1990年）327頁以下など参照。とはいえ、この判決は、個別路線の騒音を対象とし、空港の供用行為全体から生じる騒音に対する救済の手がかりを与えていないので、行政訴訟による救済の途を開いたものと評価することはできないであろう。

(26) 詳論はできないが、前者については、航空法112条に基づく本邦航空運送事業者に対する事業改善命令の義務づけや同法129条の3第2項に基づく外国人国際航

一方、行政処分の相手方が存在しない場合（公用財産の場合）、施設管理権者と周辺住民との関係は、従来、私法的な相隣関係として裁判実務上も行政実務上も処理されてきたが（日本原最判や各種の庁舎管理規則⁽²⁷⁾）、上述の厚木基地最判はこのような救済の途を否定した。しかし、同最判のいう「公権力の行使に当たる行為」が法定抗告訴訟の対象となる行為なのか、それにあてはまらないような法定外抗告訴訟の対象となる行為なのか、あるいは、抗告訴訟の対象となりえない行為なのかは、不明である。裁判所は、次に述べる改正行政事件訴訟法をふまえて、この種の事実行為事件をどのような訴訟上の手段で救済するのかを示さなければならない。

（４） 問題解決の端緒

——2004年の行政事件訴訟法改正とその後の変化

1) 2004年の行政事件訴訟法改正（差止め訴訟の法定など）

2000年代に入り、司法制度改革の中で、「国民の権利利益のより実効的な救済手続の整備を図る必要性」が共通認識となり、2004年に行政事件訴訟法が抜本的に改正された⁽²⁸⁾。改正の柱は、①救済範囲の拡大、②審理の充実・促進、③利用しやすくするための仕組み、④仮の救済制度の整備である。改正法は、裁判所に対して「オープンスペース」（権利利益の実効的な救済に向けた積極的な解釈・運用の余地）を確保するものであり、これを用いることによって行政訴訟の閉塞的な状況を打破することを裁判実務に指示したものとされている⁽²⁹⁾。

空事業の事業計画の変更認可取消しの義務づけ、後者については、航空法97条に基づく国土交通大臣の飛行計画承認の差止めの可能性が考えられる。

(27) 警察署が設置した街頭防犯用の監視カメラがプライバシーの利益を侵害するとしてその撤去を命じた裁判例もある（民事訴訟）。大阪地判1994（平成6）・4・27判時1515号116頁。

(28) 改正の検討経過については、小林久起『司法制度改革概説3 行政事件訴訟法』（商事法務、2004年）3頁以下、小早川光郎「改正の経緯と基本趣旨」行政訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』（第一法規、2004年）3頁など。

本件との関係でとりわけ重要なのは、同法 3 条 6 項・7 項が定められたことによって抗告訴訟の類型として義務付け訴訟・差止め訴訟が法定されたこと、4 条に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」という文言が挿入されたことによって実質的当事者訴訟の活用が指示されたこと、である。

2) 「行政処分」該当性に関する判例の変化

——「従来の公式」からの訣別

この改正を契機として、最高裁は「実効的な権利救済」を図ることを意図して、従前の判断を大幅に見直す姿勢を示しており、また、司法審査の判断枠組み全体も大きく変化しつつある。

本件との関連では、第一に、最高裁が同法 3 条 2 項にいう「処分」該当性を拡大する解釈を行うようになったことに注目すべきである。例えば、労災就学援護費不支給決定取消請求事件判決（2003 年）では、行政内部規則（要綱）を根拠とする決定行為を「処分」に該当するとし⁽³⁰⁾、食品衛生法違反通知取消請求事件判決（2004 年）や登録免許税還付拒否通知取消請求事件判決（2005 年）では、通知行為を「処分」に該当するとし⁽³¹⁾、病院開設中止勧告事件判決（2005 年）や病床数削減勧告事件判決（2005 年）では、事実行為の一種とされる行政指導（勧告）を「処分」に該当するとし、浜⁽³²⁾

(29) 塩野宏「行政訴訟改革の動向」同『行政法概念の諸相』（有斐閣、2011 年）239 頁以下、高木光『行政訴訟論』（有斐閣、2005 年）75 頁以下など参照。

(30) 最判 2003（平成 15）・9・4 判時 1841 号 89 頁。要綱に基づく金銭給付の決定は、通常は契約行為の一種と理解されているが、最高裁は、本件の要綱が法制度の仕組みの一部として定められていることに着目して、この決定を行政処分にあたるとした。

(31) 最判 2004（平成 16）・4・26 民集 58 巻 4 号 989 頁、最判 2005（平成 17）・4・14 民集 59 巻 3 号 491 頁。最近の最判 2012（平成 24）・2・3 裁時 1549 号 2 頁（土壤汚染対策法による土壤汚染状況調査報告義務付け処分取消請求事件）も、「実効的な権利救済を図るという観点」から、通知を「処分」と位置づけて、通知の段階での取消訴訟の提起を認めた。

松市土地区画整理事業計画決定取消請求事件判決（2008年）では、いわゆる青写真判決を明示的に変更して土地区画整理事業計画決定を「処分」に該当するとし⁽³³⁾、横浜市保育所廃止条例事件判決（2010年）では、条例制定行為を「処分」に該当するとしたのである⁽³⁴⁾。これらはいずれも、従前の判例によれば「処分」とみなされることのなかった例である。このように、最高裁は、この間、「処分」該当性に関する従前の判例を実質的に修正または明示的に変更してきているのである。

最高裁の「処分」該当性に関する判断基準を理解するためには、上記のうちの病床数削減勧告事件判決で藤田宙靖裁判官が述べた次の補足意見が重要である。

「このような〔法廷意見の〕考え方と、この問題につきこれまで当審〔最高裁判所〕の先例が示して来た一般的な考え方、すなわち、「行政庁の処分とは……行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成またはその範囲を確定することが法律上認められているもの」であって「正当な権限を有する機関により取り消されるまでは、一応適法性の推定を受け有効として取り扱われるもの」でなければならない、「その無効が正当な権限のある機関により確認されるまでは事実上有効なもの」として取り扱われている場合」でなければならないとする考え方（参照、最高裁昭和37年（オ）第296号同39年10月29日第一小法廷判決・民集18巻8号1809頁他。以下この考え方を、「従来の公式」と称する。）との関係について、若干の補足をしておくこととしたい。「ところで、「従来の公式」においては、行政事件訴訟法3条にいう「行政庁の処分」とは、実質的に講学上の「行政行為」の概念とほぼ等しいものとされているものであるところ、このような行為のみが取消訴訟の対象となるとされるのは、取消訴訟とはすな

(32) 最判2005（平成17）・7・15民集59巻6号1661頁、最判2005（平成17）・10・25集民218号91頁。

(33) 最大判2008（平成20）・9・10民集62巻8号2029頁。

(34) 最判2009（平成21）・11・26民集63巻9号2124頁。

わち、行政行為の公定力の排除を目的とする訴訟である、との考え方がなされているからに他ならない。そしてその前提としては、行政活動に際しての行政主体と国民との関わりは、基本的に、法律で一般的に定められたところを行政庁が行政行為によって具体化し、こうして定められた国民の具体的な権利義務の実現が強制執行その他の手段によって図られる、という形で進行するとの、比較的単純な行政活動のモデルが想定されているものということができる。しかしいうまでもなく、今日、行政主体と国民との相互関係は、このような単純なものに止まっているわけではなく、一方で、行政指導その他、行政行為としての性質を持たない数多くの行為が、普遍的かつ恒常的に重要な機能を果たしていると共に、重要であるのは、これらの行為が相互に組み合わせられることによって、一つのメカニズム（仕組み）が作り上げられ、このメカニズムの中において、各行為が、その一つ一つを見たのでは把握し切れない、新たな意味と機能を持つようになっている、ということである。本件における医療法30条の7の規定に基づく勧告についても、まさにそういったことが指摘され得るのであって、法廷意見が4（2）において述べるのは、まさにこの趣旨である。ところが、先に見た当審判例における「従来の公式」は、必ずしもこういった事実を前提としているものとは言い難いのであって、従って、本件においてこれを採用するのは、適当でないものというべきである」。

このように、藤田補足意見は、今日の複雑化した行政法関係の事件において、前述の東京都ごみ焼却場事件最高裁判決が示した「従来の公式」を採用することは適当ではなく、行政活動のメカニズムに即して問題の解決が図られなければならないという理由から、取消訴訟外において争うことができないものについては、当該活動を「行政庁の処分」とみなすべきだとしているのである。

3) 差止め訴訟の活用——日の丸・君が代予防訴訟最高裁判決など

第二に、抗告訴訟の一種として法定された差止めの訴えが裁判実務において広く認められ、差止めの請求が認容されるようになってきていること

に、注目すべきである。例えば、懲戒処分の差止めに関する東京地判2006・9・21判時1952号44頁（日の丸・君が代予防訴訟）、公有水面埋立て免許の差止めに関する広島地判2009・10・1判時2060号3頁、市立保育所民営化条例制定行為の仮の差止めに関する神戸地決2007・2・27賃社1442号57頁などで、差止めまたは仮の差止めが認められた。⁽³⁵⁾ 最高裁も、日の丸・君が代予防訴訟（最判2012・2・9）において、日の丸・君が代をめぐる不利益処分の差止めの訴えについて「重大な損害を生ずるおそれ」を認定するなど、積極的な活用を推し進める姿勢を示している。⁽³⁶⁾ 本件との関係では、受刑者頭髪の剪剃・調髪差止請求事件も重要だと思われる。すでに、東京地判1963・7・29行集14巻7号1316頁が、「懲罰その他の間接的方法により、あるいは、必要がある場合には、直接的強制力を用いて受刑者の頭髪を剪剃すること」に対する差止め訴訟を、法定外抗告訴訟として認めており、また、名古屋地判2006・8・10も、行訴法3条7項に基づいて法定の抗告訴訟として当該訴訟の成立を認めている。⁽³⁷⁾ 受刑者に対する強制的な頭髪剪剃・調髪行為は、公権力的事実行為に該当すると解されるが、3条7項の差止め訴訟または同条1項の法定外抗告訴訟として認められるのである。

4）当事者訴訟の活用——在外日本人選挙権訴訟最高裁判決など

第三に、当事者訴訟の活用にも注目すべきである。立法者は、2004年の

(35) 東京地判2006（平成18）・9・21判時1952号44頁、判タ1228号88頁（日の丸・君が代をめぐる不利益処分差止請求事件）、広島地判2009（平成21）・10・1判時2060号3頁（鞆の浦公有水面埋立免許事件）、神戸地決2007（平成19）・2・27賃社1442号57頁（神戸市立保育所民営化条例制定差止請求事件）。

(36) 最判2012（平成24）・2・9判時2152号24頁（東京地判2006・9・21の上告審判決）。

(37) 東京地判1963（昭和38）・7・29行集14巻7号1316頁（府中刑務所受刑者頭髪剪剃違法確認請求事件）、名古屋地判2006（平成18）・8・10判タ1240号203頁（名古屋刑務所性同一性障害男性受刑者調髪差止請求事件）。ただしいずれも請求は棄却されている。

行訴法改正において、同法 4 条に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」という文言を挿入したが、それは、通達、計画、あるいは行政指導等の事実行為など、広く「公法上の法律関係」に関する事件において、実質的当事者訴訟が活用されることを期待してのことであった。⁽³⁸⁾ 最高裁も、選挙権を有することの確認（最大判2005・9・14）、健康保険法に基づく療養の給付を受けることができる地位の確認（最判2011・10・25）、国歌斉唱義務不存在の確認（最判2012・2・9）、医薬品を販売できる地位の確認（最判2013・1・11）などについて、実質的当事者訴訟（確認訴訟）の活用を積極的^{(39) (40)}に肯定している。

5) まとめ

2004年の行政事件訴訟法改正は、以上のように、義務づけ訴訟や差止め訴訟という類型を法定するとともに、当事者訴訟に関する「確認の訴え」の文言を挿入することによって、従前の訴訟類型の閉塞状況を打開する立法者意思を示すものであった。そして、この改正を契機として、行政処分の理解に関する「従来の公式」からの訣別を実務上も明確にするなど、最高裁も、行政事件訴訟の積極的な活用に向けた対応を行っているのである。

(38) 立法の経緯について、山田洋「確認訴訟の行方」法律時報77巻3号（2005年）45頁など参照。

(39) 最大判2005（平成17）・9・14民集59巻7号2087頁（在外日本人選挙権訴訟）、最判2011（平成23）・10・25民集65巻7号2923頁（混合診療訴訟）、最判2012（平成24）・2・9（国歌斉唱義務不存在確認等請求事件＝日の丸・君が代予防訴訟）・前掲注（36）、最判2013（平成25）・1・11判時2177号35頁、判タ1386号160頁（医薬品ネット販売の権利確認等請求事件）など。

(40) 下級審での例として、上記最判事件の下級審での判決のほか、大阪地判2008（平成20）・12・25判タ1302号116頁、大阪高判2010（平成22）・2・19未登載（勤務評定自己申告票提出義務不存在確認等請求事件）など。

（４） 小括

明治期の立法者は、フランス法を参照して、司法裁判所と行政裁判所の管轄事件を区分する基準として「行政処分」概念を導入し、非権力的作用の公共工事を含めて公共施設の設置・管理に関わる事実行為に起因する生活妨害事件を行政裁判所による救済対象の事件とした。これに対して、その後の学説と実務は、ドイツ法由来の講学上の「行政行為＝公権力の行使」概念を用いて「行政処分」概念を解釈するようになったため、「行政処分」は事実行為を含まないとする解釈が有力になっていった。このような事情の下で、第二次世界大戦後に行政裁判所が廃止されると、事実行為事件に関する救済の途が次第に不明になり、行政救済法制の立法作業の中でも、その位置づけが曖昧にされてしまった。

しかし、公共施設の設置・管理に関わる事実行為に起因する生活妨害の差止めを求める訴えが、戦前は「行政処分」事件と位置づけられていたことに鑑みれば、そして戦後はその位置づけが制度上不明になってしまったことに鑑みれば、たしかに、大阪空港騒音訴訟や厚木基地騒音訴訟において最高裁が「民事差止請求は不適法」と判断した感覚にも一理あるということとは可能であろう。しかし、「法律上の争訟」であることが明らかなこの種の訴えについて、何らの救済の途も示さないということは、「実効的な権利救済」を掲げる今日の最高裁の立場⁽⁴¹⁾には合致しないといわざるをえない。今後、裁判所は、この種の事件の救済の途を明示しなければならないのである。

一方、国家賠償法１条にいう「公権力の行使」は、非権力的作用をも包含する概念として解釈されている。これは、通常の文言解釈の許容範囲を超えて実務上で適用されている例である。このような異常な解釈が通用している理由も、日本の行政救済制度の歴史的な歪みに由来している。すな

(41) 最大判2008（平成20）・9・10・前掲注（33）、最判2012（平成24）・2・3・前掲注（31）など参照。

わち、戦後に制定された国家賠償法は、公権力的事実行為に関する賠償責任について、戦前における判例法上での免責（国家無答責の法理）を否定して、これを国家賠償責任と位置づけたが、民事的な責任と解したため、賠償の対象を権力的作用に限定する理論的根拠を失ったのである。この結果、国家賠償法 1 条にいう「公権力の行使」は、行政事件訴訟法 3 条にいう「公権力の行使」が公権力的事実行為さえも排斥する方向で解釈された⁽⁴²⁾のとはまったく逆に、非権力的作用をも包含する概念となったのである。

以上のところから、行政活動に関する「処分」という法令上の用語には 3 種類の解釈が存在することが理解できたであろう。すなわち、①最狭義（行政事件訴訟法 3 条）、②狭義（行政不服審査法 2 条、公権力的事実行為を含む概念）、③広義（戦前の帝国憲法 61 条など、非権力的行為を含む概念）である。そして、これを反映して、「公権力の行使」概念も、①最狭義（行政事件訴訟法 3 条にいう「行政庁の処分」）、②狭義（行政不服審査法 2 条にいう「事実行為」や行政事件訴訟法 3 条にいう「その他公権力の行使」を含む概念）、③広義（国家賠償法 1 条にいう「公権力の行使」、つまり非権力的行為を含む概念）という 3 通りに用いられてきた。仮に上記のうちの①が行政事件訴訟法 3 条で定義された「処分」であるとする、これら 3 通りに対応する行政訴訟の類型は、①法定抗告訴訟、②法定外抗告訴訟、③当事者訴訟、ということになるであろう。

3 自衛隊機騒音の差止請求

（1）厚木基地騒音訴訟（第 1 次）最高裁判決

1) 厚木基地最判の判断

厚木基地最判は、自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使は騒

(42) 国家賠償法 1 条にいう「公権力の行使」概念に関する検討として、岡田・前掲注 (4)『国の不法行為責任と公権力の概念史』279 頁以下。

音の受忍を住民に義務付ける公権力の行使であるとし、自衛隊機の離着陸等の差止めの請求はその権限行使の取消変更・発動を求める請求を包含するので、民事訴訟⁽⁴³⁾での請求は不適法とした。

「防衛庁長官は、自衛隊に課せられた我が国の防衛等の任務の遂行のため自衛隊機の運航を統括し、その航行の安全及び航行に起因する障害の防止を図るため必要な規制を行う権限〔＝自衛隊機の安全性・運航基準等を定め、その他航空機による災害を防止し、公共の安全を確保するため必要な措置を講じる権限〕を有するものとされているのであって、自衛隊機の運航は、このような防衛庁長官の権限の下において行われるものである。そして、自衛隊機の運航にはその性質上必然的に騒音等の発生を伴うものであり、防衛庁長官は、右騒音等による周辺住民への影響にも配慮して自衛隊機の運航を規制し、統括すべきものである。しかし、自衛隊機の運航に伴う騒音等の影響は飛行場周辺に広く及ぶことが不可避であるから、自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使は、その運航に必然的に伴う騒音等について周辺住民の受忍を義務づけるものといわなければならない。そうすると、右権限の行使は、右騒音等により影響を受ける周辺住民との関係において、公権力の行使に当たる行為というべきである」。「自衛隊機の離着陸等の差止め及びその他の時間帯（毎日午前8時から午後8時まで）における航空機騒音の規制を民事上の請求として求めるものである。しかしながら、右に説示したところに照らせば、このような請求は、必然的に防衛庁長官にゆだねられた前記のような自衛隊機の運航に関する権限の行使の取消変更ないしその発動を求める請求を包含することになるものといわなければならないから、行政訴訟としてどのような要件の下にどのような請求をすることができるかはともかくとして、右差止請求は不適法というべきである」。

2) 厚木基地最判の問題点

この最高裁判決の不明瞭さは次の点にある。第一に、「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」が具体的にいかなる行為を指すのか

(43) 最判1993（平成5）・2・25民集47巻2号643頁。下線は引用者。

不明な点である。自衛隊組織内部での運航の命令であれば、「行政行為として外部に対する効力を有するものではなく、また、これによつて直接国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定する効果を伴うものではないから、抗告訴訟の対象となる行政処分にあたらない」こととなる。⁽⁴⁴⁾それが事実行為であるとすれば、定義上、法効果をともなわないので、「周辺住民の受忍を義務づける」法効果をともなうことはなく、したがって、抗告訴訟の対象となる「公権力の行使に当たる行為」には該当しないことになる。第二に、防衛庁長官の権限の行使を「公権力の行使」だとしながら、その根拠規定を示していないため、どのような内容の義務をいかなる程度で誰に対して課すのかが、まったく不明な点である。⁽⁴⁵⁾すなわち、上記防衛庁長官（今日の防衛大臣）の「公権力の行使」は、権利義務の範囲を確定する効果をともなうものではないのである。例えば、自衛隊法103条によれば、防衛大臣は、防衛出動の場合においてさえ、住民に対して諸種の義務（財産使用の受忍や財産取用の容認など）を賦課するためには、相手方氏名・根拠法令・義務の内容・処分理由等を記載した都道府県知事の公用令書を通じて行わなければならないし、また同法105条によれば、訓練のために漁船の操業を制限する場合でも、具体的な相手方に対して制限の期間や内容を示さなければならない。そしてこれらの規定には、救済方法が定められている。これに対して、自衛隊法の中には騒音の受忍義務の賦課に

(44) 最判1978（昭和53）・12・8民集32巻9号1617頁（成田新幹線訴訟）。

(45) 「受忍義務」の内容として、法令上、次の4つの区別があるといわれる。①相手方または第三者が承認しなければならない「取消手続の排他性」の意味、②差止め・原状回復が排斥されるという意味、③罰則（サンクション）を受けるという意味、④「受忍せよ、しかして代償を求めよ」という原則の意味、である。高木光『行政訴訟論』（有斐閣、2005年）123-124頁。また、本判決を契機とした行政上の「義務」の分析として、神橋一彦『行政法における『義務』の概念——その序論的考察』新正幸・早坂禧子・赤坂正浩編『公法の思想と制度』（信山社、1999年）465頁、同「行政法における『義務』の概念・再論——『強制行為による実効性の確保』の要素との関連を中心に」稲葉馨・亘理格編『行政法の思考様式』（青林書院、2008年）3頁参照。

関する規定は存在しないし、また、厚木基地最判が「〔自衛隊機運航の〕航行の安全及び航行に起因する障害の防止を図るための規制を行う〔防衛庁長官の〕権限」の根拠として挙げている同法107条5項は、騒音に起因する障害を防止する規制権限を含んでいない⁽⁴⁶⁾。要するに、厚木基地最判は、抗告訴訟の対象となりえない権限行使を「公権力の行使」とみなして、民事差止訴訟を排斥するだけの判断を下したのである。

3) 厚木基地最判の判断を前提とした場合の救済の途

では、同最判を担当した裁判官らは、どのような救済の途がありうると考えていたのであろうか。仮に周辺住民に騒音に関する「受忍義務」があるとしても、義務の限度を超える受忍の違法な強要に対しては当然に差止めの請求が認められるので、裁判所はこの場合の救済の途を明らかにしなければならないのである。この点について、同最判の橋元・味村補足意見は、行政訴訟として、「命令の全部又は一部の取消しを求める訴訟……は、實際上適切な争訟手段にはなり得ない」とし、無名抗告訴訟の「防衛庁長官に対して、特定の飛行場における離着陸を伴う自衛隊機の運航で一定の時間帯又は一定の限度以上の音量に係るもの等についての命令を発してはならないとの不作為を求める訴訟」を提起できる、としていた。また、大内俊身調査官は、同最判の解説において、①民訴の差止請求を肯認する立場、②法定外抗告訴訟（権力的妨害排除訴訟、違法宣言訴訟＝塩野宏）、③公法上の当事者訴訟（園部逸夫、鈴木庸夫）という3つの救済の途を示している⁽⁴⁷⁾。上記①から③のうち、厚木基地最判は①を否定したのであるから、残された途は②か③ということになる。橋元・味村補足意見は、行政組織

(46) この点の詳細については、岡田・前掲注（2）102頁参照。1997年の航空法改正により騒音基準適合制度が廃止されるなどの変化があったが、上記の自衛隊法の定めは変わっていない。

(47) 大内俊身「判解」法曹時報47巻10号（1995年）180頁。同解説は、この点について、もっぱら鈴木庸夫「当事者訴訟」雄川・塩野・園部編『現代行政法大系5・行政争訟Ⅱ』（有斐閣、1984年）77頁を引用して論述している。

内部の命令を抗告訴訟の対象と位置づけているようであり、②の法定外抗告訴訟（2004年の改正行訴法の下では、法定抗告訴訟または法定外抗告訴訟の差止め訴訟）を指し示したと思われる。大内調査官解説は可能性を示唆するだけであるが、防衛大臣の命令と自衛隊機の運航という事実行為とを一個の「公権力の行使に当たる行為」とみなす一体的構成を用いて同最判を理解するならば、当該行為を差し止める②の抗告訴訟、両者を内部行為と対外的事実行為として捉える分解的構成を用いて理解するならば、③の、当事者訴訟による差止め訴訟または確認訴訟、ということになろう。

この点に関する本件での被告の主張をみると、「防衛大臣の権限行使としてされる自衛隊機の運航という事実行為が抗告訴訟の対象になるというものであれば、被告は、特に争わない」、「法令上、国民に受忍が強制される事実行為は、それ自体を処分として、抗告訴訟の対象とし得るものである⁽⁴⁸⁾」というのであるから、上記のうちの一体的構成を用いて②の抗告訴訟（法定抗告訴訟または法定外抗告訴訟の差止め訴訟）を支持するものと思われる。

4) まとめ——公用財産から生じる生活妨害の差止め訴訟

以上を整理すると、厚木基地最判の判断を前提とすれば、次の4種類の訴訟提起が可能だと考えられよう。

(a) 行訴法3条7項に基づく、防衛大臣の権限行使（＝自衛隊機の運航という事実行為と一体化した行為）の差止めを求める訴え（法定の抗告訴訟）。

(b) 行訴法3条1項に基づく、防衛大臣の権限行使（＝自衛隊機の運航

(48) 被告・準備書面(3)(平成21年2月23日)5頁および被告・準備書面(4)(平成21年2月23日)6-7頁。なお、被告・準備書面(4)7-10頁は、本件における周辺住民への受忍義務の賦課を即時強制として理解しているようであるが、そもそも即時強制とは義務の賦課がない場合の強制に関する執行の形式であるから、被告の理解には基本的な誤りがあると考えられる。この点に関する指摘として、例えば高木光『事実行為と行政訴訟』(有斐閣、1988年)29頁。

という事実行為と一体化した行為）の差止めを求める訴え（法定外の抗告訴訟）。

（c）行訴法4条に基づく、受忍義務の賦課の差止めを求める訴え。この当事者訴訟は、同最判のいう「公権力の行使」は非権力的行為を含む概念であると解した上で、公法上の法律関係としての受忍義務の賦課の差止めを求めることになる。

（d）行訴法4条に基づく、防衛大臣の適法な権限行使義務の確認または原告らの受忍義務不存在の確認を求める訴え。この当事者訴訟も、同最判のいう「公権力の行使」概念を上記（c）と同様に解した上で、公法上の法律関係としての適法権限行使義務や受忍義務不存在の確認を求めることになる。

（2） 法定抗告訴訟の差止め訴訟（行政事件訴訟法3条7項）

1） 処分性（訴訟要件の問題・その1）

まず、（a）防衛大臣の権限行使の差止めを求める訴え（行訴法3条7項所定の抗告訴訟）の考察から始めよう。

法定差止め訴訟の訴訟要件を定める行訴法37条の4第1項によれば、差止めの対象は「一定の処分」である。前述の通り、この訴えにおいては、原告も被告も、防衛大臣の命令と自衛隊機の運航という事実行為とを一個の「公権力の行使に当たる行為」とみなす、すなわち抗告訴訟の対象となる行政処分とみなす、という点で一致しうるものと思われる。この前提に立つならば、「一定の処分」の存在は認められるであろう。したがって、「処分」該当性について残された問題は、差止め対象の特定である。この点について参考となるのは、住民訴訟の1号請求に関する最高裁判例である。まず、最判1990（平成2）・6・5民集44巻4号719頁（架空接待費支出事件）は、「当該行為等を他の事項から区別して特定認識できるように個別的、具体的に摘示すること」という基準を示した。これを受けて、最判1993（平成5）・9・7判時1473号38頁、判タ828号100頁（織田が浜埋

立差止め請求事件)は、「差止請求の対象となる行為とそうでない行為とが識別できる程度に特定されていること」を求める。具体的には、(1)当該行為の適否の判断が可能、(2)当該行為が行われることの相当の確実性の判断が可能、(3)回復困難な損害を生ずるおそれに関する判断が可能、である程度に特定されていることである。

「事前の差止請求において、複数の行為を包括的にとらえて差止請求の対象とする場合、その一つ一つの行為を他の行為と区別して特定し認識することができるよう個別、具体的に摘示することまでが常に必要とされるものではない。この場合においては、差止請求の対象となる行為とそうでない行為とが識別できる程度に特定されていることが必要であることはいうまでもないが、事前の差止請求にあっては、当該行為の適否の判断のほか、さらに、当該行為が行われることが相当の確実さをもって予測されるか否かの点及び当該行為により当該普通地方公共団体に回復の困難な損害を生ずるおそれがあるか否かの点に対する判断が必要となることからすれば、これらの点について判断することが可能な程度に、その対象となる行為の範囲等が特定されていることが必要であり、かつ、これをもって足りるものというべきである。このような観点からすると、例えば、特定の工事の完成に向けて行われる一連の財務会計上の行為についてその差止めを求めるような場合には、通常は、右工事自体を特定することにより、差止請求の対象となる行為の範囲を識別することができ、また、右特定の工事自体が違法であることを当該行為の違法事由としているときは、当該行為を全体として一体とみてその適否等を判断することができるというべきであるから、右工事にかかわる個々の行為の一つ一つを個別、具体的に摘示しなくても、差止請求の対象は特定されていることになるものというべきである」。

これらの点を本件について検討してみると、上記(1)当該行為の適否の判断に関しては、過去から現在に至るまで同様の行為が繰り返されているのであるし、賠償訴訟において適法・違法の判断が現実に出されているのであるから、司法判断は可能である。(2)当該行為の確実性の判断に関して

は、今後とも繰り返されることがほぼ確実に予想され、この点については誰も争わないであろうから、当然、司法判断も可能である。(3)に関しては、「重大な損害を生ずるおそれがある場合」（行訴法37条の4第1項）の判断が可能である程度の特定性が必要であるが、本件における被害はすでに広範囲にわたって生じており、将来的に同様の被害が生じる、あるいは拡大することは十分に予見可能であるので、この点の司法判断も可能である。

以上から、本件において「処分」該当性は認められる。

2) 重大な損害（訴訟要件の問題・その2）

行訴法37条の4第1項の「重大な損害」の解釈について、同条第2項は、「裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分または裁決の内容及び性質をも勘案するものとする」という解釈基準を定めている。これを本件について検討してみると、これまでの防衛大臣の処分によってすでに広範囲にわたる生活妨害が存在しており、その継続性・反復性および影響の広汎性からしてそれ自体重大な損害たりうるし、このような状態が継続すれば、重篤な健康被害が生じることも否定できないであろう。したがって、本件における損害の性質はきわめて重大だといえることができる。そして、本件における処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと、事後的な損害の回復が著しく困難になることも考慮すべきである。この点について、前掲の最判2012（平成24）・2・9は次のように述べている。

「本件通達を踏まえて懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する状況の下では、事案の性質等のために取消訴訟等の判決確定に至るまでに相応の期間を要している間に、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事

後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件通達を踏まえた本件職務命令の違反を理由として一連の累次の懲戒処分がされることにより生ずる損害は、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものであるとはいえず、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであるということができ、その回復の困難の程度等に鑑み、本件差止めの訴えについては上記「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められる」。

上記の懲戒処分事件と同様に、あるいはそれ以上に、本件の被害は「反復継続的かつ累積加重的」で、広範囲にわたるものであり、また「処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるもの」ではないので、同条 2 項の基準からみて、「重大な損害」に該当すると解される。なお、防衛上の「公共性」が「重大な損害」の減殺事由とならないことはいうまでもない。仮に当該「公共性」を考慮する余地がありうるとしてもそれは本案の問題だからである。

3) 原告適格その他の訴訟要件

差止め訴訟には、この他、「その損害を避けるために他に適当な方法があるとき」は提起できず（同条 1 項）、また、「法律上の利益を有する者に限り、提起することができる」（同条 3 項）などの訴訟要件がある。本件については、処分の差止めを得ることができる他の救済制度は存在しておらず、また、原告らが「法律上の利益」を有することも明らかである。したがって、これらの訴訟要件も充足すると考えられる。これら以外の訴訟要件についても欠けるところはないと思われるので、行訴法 3 条 7 項所定の差止め訴訟を原告らが提起することは、十分に認められるであろう。

4) 処分の違法性

差止め訴訟の本案勝訴要件（行訴37の4第5項）について付言すると、厚木基地騒音訴訟では、これまでにくり返し、国家賠償法上で「違法」の判断が出されている。これは、厚木基地最判のいう「周辺住民への配慮」を防衛大臣が継続的に怠った結果としてもたらした違法状態である。このような防衛大臣の配慮義務懈怠の下での権限行使は、あきらかに裁量権行使の逸脱・濫用に該当し、自衛隊法107条5項に、また航空法1条にも違反するものだといわざるをえないであろう。

5) まとめ

以上のとおり、本件について提起されている行訴法3条7項所定の差止め訴訟は、訴訟要件を充足し、かつ、本案勝訴要件を充足するものと考えられる。

（3） 法定外抗告訴訟（無名抗告訴訟、行政事件訴訟法3条1項）

1) 行政訴訟制度における法定外抗告訴訟（無名抗告訴訟）の位置づけ

仮に、自衛隊機・米軍機の運航に関する差止めの請求が上記の差止め訴訟（法定抗告訴訟）に該当しない場合、厚木基地訴訟最判のいう「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」を抗告訴訟の対象としての「公権力の行使に当たる行為」（前述の「行政処分」概念および「公権力の行使」概念の分類のうちの、②狭義の概念）と理解するならば、本件の訴えは、騒音の発生源に係る権限行使に対する不服の訴訟として、以下に述べる法定外抗告訴訟に該当するものと考えられる。

行政事件訴訟法3条1項によれば、抗告訴訟とは「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」をいうが、同条2項以下で具体的に定められた類型に必ずしも合致しない抗告訴訟（法定外抗告訴訟＝無名抗告訴訟）も想定できる。そして、この種の訴訟の提起が認められることは、立法者も承認

していたところであり、今日ではまったく争いが⁽⁴⁹⁾ない。法定抗告訴訟と法定外抗告訴訟との関係については、補充説（法定抗告訴訟原則論）と独立説（法定外抗告訴訟並立論）があり、前者が通説といえるが、本稿では法定抗告訴訟が認められない場合を前提として法定外抗告訴訟を論じるので、この点に関する詳論は不要であろう。

行政事件訴訟法の立法時には、法定外抗告訴訟として、「行政処分の違法確認を求める訴え」、「特定の行政処分の給付を求める訴え」、「特定の行政処分の禁止を求める訴え」、「行政処分の変更を求める訴え」、「公義務の確認を求める訴え」、「処分権の不存在確認を求める訴え」、「違法宣言の訴え」、「法令の効力の訴訟」が^(49a)想定されていた。今日では、2004年の行政事件訴訟法改正によって法定化された義務付け訴訟と差止め訴訟を除けば、(a) 違法確認訴訟、(b) 予防的不作為訴訟、(c) 義務確認訴訟、(d) 不利益排除訴訟（権力的妨害排除訴訟）、(e) 法令の効力に関する訴訟（抽象的規範統制訴訟）が、有力な法定外抗告訴訟の種類と考えられる。本件では、このうちの (a) (b) (c) (d) の形態の訴えがありうる（後述、3）参照）。

2) 大阪国際空港最判・厚木基地最判および行政事件訴訟法改正による変容

前述のように、公共施設から生じる騒音等の生活妨害を差し止める手段として民事上の差止め訴訟が活用されていたところ、大阪国際空港最判に

(49) 法定外抗告訴訟（無名抗告訴訟）に関する解説として、杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』（法曹会、1967年）10頁以下、南博方編『注釈行政事件訴訟法』（有斐閣、1972年）54頁以下〔山村恒年執筆〕、園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』（有斐閣、1989年）44頁以下〔園部逸夫執筆〕、南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法〔第3版補正版〕』（弘文堂、2009年）98頁以下〔人見剛執筆〕、塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」（日本評論社、1983年）113頁（同『行政過程とその統制』（有斐閣、1989年）所収）。判例として、後掲の長野勤評訴訟最判など参照。

(49a) 杉本・前掲注（49）10頁。

よって、一定の国の施設についてその活用が否定されたため、抗告訴訟の活用が検討されることになった。

この点について、同最判において示された伊藤正己らの補足意見は、「このような争訟は、本件空港の設置等につき運輸大臣がした前記のような個々の行政処分取消訴訟によるか、あるいは、争訟手続上は本件空港の供用行為そのものを全体として公権力の行使に当たる行為として把握し、それに対する不服を内容とする抗告訴訟によるべきものと解するのが相当である」としている。また、厚木基地最判において示された橋元四郎平・味村治補足意見は、民事訴訟・取消訴訟による救済を否定した上で次のように述べている。「他に争訟手段としてどのような訴訟形態を採用することができるかを検討すると、防衛庁長官に対して、特定の飛行場における離着陸を伴う自衛隊機の運航で一定の時間帯又は一定の限度以上の音量に係るもの等についての命令を発してはならないとの不作為を求める訴訟形態が考えられる。これは、いわゆる無名抗告訴訟の一種であり、無名抗告訴訟としての要件を具備することが必要であって、とりわけ、周辺住民が自衛隊機の運航に伴う騒音等により受けている被害が今後も反復継続することが確実と見込まれ、あらかじめこれを防止しなければ回復し難い著しい障害を受けるおそれがある等事前の救済を認めないと著しく不相当となる事情が存することを要するものと解されるが、これらの要件を具備する限り、このような訴訟を提起することができる」と考える。

以上のように、最高裁の裁判官らは、行政庁の権限行使を分解的にとり出して争い得る場合には取消訴訟を争訟の手段とし、分解的な構成が不可能な場合には、その他の抗告訴訟を用いるべきだと解しているようである。しかし、具体的にどのような請求の趣旨でいかなる種類の抗告訴訟を提起することが適切なのかは明らかにされていない。

2004年の行政事件訴訟法改正によって義務付け訴訟・差止め訴訟が法定された現在、法定の差止め訴訟が有力な救済手段に位置づけられることは、前述の通りである。橋元・味村意見のいう「防衛庁長官に対して、特

定の飛行場における離着陸を伴う自衛隊機の運航で一定の時間帯又は一定の限度以上の音量に係るもの等についての命令を発してはならないとの不作為を求める訴訟形態」も、訴訟要件に関する同意見の補足を見る限り、ほぼ法定の差止め訴訟を言うものと思われる。しかし、上記 2 つの最判が示したような包括的な「公権力の行使」概念が直ちに、行政事件訴訟法 3 条 7 項にいう「一定の処分」に該当するのか、疑問の余地もあるところである。このため、法定外抗告訴訟として「権力的妨害排除訴訟」という訴えがあり得ることが提言されている。次に、この訴えも含めて、本件において考えることのできる法定外抗告訴訟を挙げ、検討してみよう。

3) 本件のような事案において提起することが可能な法定外抗告訴訟

第一に、上述の通り、権力的妨害排除訴訟が考えられる。これは、(c) 不利益排除訴訟の一種であって、大阪国際空港の事案に即していえば、「原告は生命・健康等の人格権を基礎とし、端的に包括的な公権力の行使としての国営空港の供用行為の停止を求める」ものである^(49b)。本件では、「原告は生命・健康等の人格権を基礎とし、端的に包括的な公権力の行使としての自衛隊機の運航行為の停止を求める」ことになろう。訴状記載「請求の趣旨」の「3 防衛大臣は、厚木海軍飛行場において、自衛隊機の運航により生じる航空機騒音によって、原告らの居住地におけるそれまでの 1 年間の航空機騒音 (……) が、WECPNL 75 を超えることとなる当該自衛隊機を運航させてはならない」がこれにあたる。

第二に、予防的不作為訴訟、すなわち、行政機関の行う事実行為 (最狭義の「公権力の行使」には含まれないが、行政不服審査法 2 条の定義で包含するものとされている人の収容・物の留置等で継続的な性質を有する公権力的行為) の差止めを求める訴えが考えられる。上記と同様に、生命・健康等の人格権を基礎として、重大な損害を防止するための手段として認められ

(49b) 塩野宏『行政法Ⅱ・行政救済法 [第 5 版補訂版]』(有斐閣、2013 年) 253 頁、塩野・前掲注 (49)「無名抗告訴訟」142 頁。

る。防衛大臣が自衛隊機を運航させる行為がこの事実行為に該当すると解して、訴状記載「請求の趣旨」の「1 防衛大臣は、厚木海軍飛行場において、毎日午後8時から翌日午前8時までの間、自衛隊機が使用する航空機（……）を運航させてはならない。」および「2 防衛大臣は、厚木海軍飛行場において、自衛隊機を訓練のために運航させてはならない。」が、これにあたる。

第三に、義務確認訴訟が考えられる。「適切な公権力の行使」義務の確認、すなわち、自衛隊機の運航にともなう騒音を一定以下にすべき旨を命ずる防衛大臣の権限の行使を行政事件訴訟法3条にいう「公権力の行使」と解して、防衛大臣にその義務があることの確認を求める訴え、あるいは、住民の受忍限度を超えない範囲で運航権限を行使すべき義務の確認を求める訴えである。原告らの平成22年2月17日「訴えの追加的変更申立書」記載の「予備的請求の趣旨」の「1 被告は、原告らに対し、厚木海軍飛行場において、毎日午後8時から翌日午前8時までの間、自衛隊機が使用する航空機（……）を運航させてはならない義務を負うことを確認する。」、「2 被告は、原告らに対し、厚木海軍飛行場において、自衛隊機を訓練のために運航させてはならない義務を負うことを確認する。」および「5 被告は、原告らに対し、厚木海軍飛行場において、自衛隊機を運航させること……によって生じる、原告らの居住地におけるそれまでの1年間の航空機騒音（……）が、WECPNL 75を超えることとなる当該自衛隊機を運航させてはならないこととする義務を負うことを確認する。」について、運航させる行為を行政事件訴訟法3条にいう「公権力の行使」に該当すると解する場合に、上記の確認を求める訴えが、これにあたる。

第四に、違法確認訴訟が考えられる。これは、一定以上の騒音での運航を許容した自衛隊機の運航の命令が違法であることの確認を求める訴訟、あるいは、住民に対する受忍義務賦課行為の違法確認訴訟である。上記の運航させる行為を、同様に処分と捉えた上で、その行為の違法の確認を求める訴えも考えられる。

以上は異なる趣旨をいうものではないので、裁判所が適宜整理した上で、訴訟の成立を認めるべきことになる。

法定外訴訟に関わるその他の訴訟法上の問題として、準用規定が明らかではない点、および、仮の救済規定が整備されていない点がある。しかし、本件は、法定の差止め訴訟に準じて準用規定を解釈すれば足りるし、また、仮の救済の申立てを行っていないので、これらの点について支障が生じることはない。

4) まとめ

被告のいうように「防衛大臣の権限行使としてされる自衛隊機の運航という事実行為が抗告訴訟の対象になる」ということを前提とし、仮に法定抗告訴訟が認められない場合には、以上のような行政事件訴訟法 3 条の解釈により、法定外抗告訴訟の提起が認められる。

(4) 当事者訴訟

1) 「当事者訴訟」制度の具体化および“不活性化”の経緯

上述のとおり、日本の実定法制度の中で、「行政処分」概念は、①最狭義（行政事件訴訟法 3 条）、②狭義（行政不服審査法 2 条、公権力的事実行為を含む概念）、③広義（戦前の帝国憲法 61 条など）という 3 通りに用いられてきており、またこれを反映して、「公権力の行使」概念も、①最狭義（行政事件訴訟法 3 条にいう「行政庁の処分」）、②狭義（行政不服審査法 2 条、行政事件訴訟法 3 条にいう「その他公権力の行使」）、③広義（国家賠償法 1 条にいう「公権力の行使」=非権力的行政作用を含む概念）という 3 通りに用いられてきた。「行政処分」と「公権力の行使」という用語が上記③の意味で用いられる場合、その作用はほぼ行政事件訴訟法 4 条にいう「公法上の法律関係」に該当することとなり、それゆえ、訴訟の種類との対応関係でいえば、公法上の当事者訴訟の対象となる。

この種の国家作用は、すでに戦前（1928 年）の行政裁判法改正構想の中

で、「抗告訴訟」と並んで「当事者訴訟」という訴訟類型を設けて、救済の対象とすべきことが予定されていた。⁽⁵⁰⁾しかし結局、行政裁判法の改正は実現しなかったため、この種の救済が実際に実定法制度の中で具体化され、適用されたのは、戦後に制定された行政事件訴訟特例法（1948年）の1条においてであった。同条は、「行政庁の違法な処分⁽⁵⁰⁾の取消又は変更に係る訴訟」を中核的な訴訟類型とし、その対象から外れる行政事件を「その他公法上の権利関係に関する訴訟」によって救済することとしていた。すなわち、2つの訴訟類型は、同心円上の狭い円が「行政処分の訴訟」（抗告訴訟）、広い円が「公法上の権利関係の訴訟」（当事者訴訟）という位置づけを与えられ、「行政処分以外の公法的な国家作用によって権利を侵害された場合」には、後者の訴訟類型で救済を求めうるものとされたのである。

これに対して、1962年制定の現行行政事件訴訟法は、抗告訴訟・当事者訴訟・民衆訴訟・機関訴訟という4つの訴訟類型を横並びで「行政事件訴訟」と定めたため（2条）、抗告訴訟と当事者訴訟との関係が不明瞭になってしまった。例えば、前述の大田区ごみ焼却場事件最判、墓地埋葬法通達事件最判、そして日本原演習場訴訟最高裁判決（最判1987〔昭和62〕・5・28判時1246号80頁）などで、最高裁は、「行政処分にあたらないから却下する」というだけであり、当該法律上の争訟についてどのような救済の途がありうるのかをまったく示すことなく、事件処理を済ませてきた。そして他方で、長野勤務評定事件最判（最判1972〔昭和47〕・11・30民集26巻9号1746頁）や横川川事件最判（最判1989〔平成元〕・7・4判時1336号86頁）などでは、「事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情

(50) 行政裁判法改正案・改正構想については、前掲注（12）掲載の行政裁判所『行政裁判所五十年史』第3編（第10節）、美濃部『行政裁判法』、田中『行政争訟の法理』を参照。また、当事者訴訟制度の通史的概観は、園部編・前掲注（49）『注解行政事件訴訟法』50頁以下（第4条〔当事者訴訟〕、鈴木庸夫執筆）によって得ることができる。

がある場合」でない限り「確認の利益」を認めないというきわめて限定的な基準を用いて、当事者訴訟による救済の途も封殺してきた。このような状況の下で、実質的当事者訴訟の活用は低調となり、「当事者訴訟安楽死論」(阿部泰隆)さえ唱えられる状況に至ってしまったのである。

2) 2004年の行政事件訴訟法における確認訴訟の法定

以上のような状況を変化させる契機が2004年の行政事件訴訟法改正であった。周知のように、同法4条に「公法上の法律関係の確認に関する訴え」が、当事者訴訟の一類型として明示されたのである。その趣旨は、この明示によって、「抗告訴訟の対象とならない行政の行為も含む多様な行政の活動によって争いの生じた権利義務などの公法上の法律関係について、確認の利益が認められる場合に、確認訴訟の活用を図るもの」とされている。具体的には、行政立法、行政計画、通達、行政指導など、抗告訴訟の対象には該当しないとされてきた行政作用をめぐる紛争について、実質的当事者訴訟の確認訴訟を活用して解決を図るべきことが立法的に示されたのである。^(50a)

この改正後、最高裁は、在外日本人選挙権訴訟において、諸種の原告の請求のうち、控訴審段階で原告が追加した将来の選挙権行使に関する確認の訴えを実質的当事者訴訟の確認訴訟にあてはまると解し、確認の利益を肯定した上で、請求を認容した。また、最近の国歌斉唱義務不存在確認等請求事件でも、次のように述べて、当事者訴訟の適法性を肯定している(前掲・最判2012 [平成24]・2・9)。

「都立学校の卒業式や入学式等の式典に際し、多数の教職員に対し本件職務命令が繰り返し発せられており、これに基づく公的義務の存在は、その違反及びその累積が懲戒処分の処分事由及び加重事由との評価を受けることに

(50a) 小林久起・前掲注(28)16-17頁、南・高橋編・前掲注(49)114-115頁[山田洋執筆]など参照。

に伴い、勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益という行政処分以外の処遇上の不利益が発生し拡大する危険の観点からも、都立学校の教職員として在職中の上記上告人らの法的地位に現実の危険を及ぼすものといえることができる。このように本件通達を踏まえて処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大する危険が現に存在する状況の下では、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大していくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは、行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴えとしては、その目的に即した有効適切な争訟方法であるといえることができ、確認の利益を肯定することができるものといえるべきである。したがって、被上告人東京都に対する本件確認の訴えは、上記の趣旨における公法上の当事者訴訟としては、適法といえるべきである。

このように、最高裁は、通達や職務命令などによってもたらされる「行政処分以外の処遇上の不利益」を予防するための救済の途として、当事者訴訟の確認訴訟を「有効適切な争訟方法である」としているのである。

3) 本件における当事者訴訟の活用可能性

実質的当事者訴訟の代表的なものとして、これまで、国籍関係訴訟、社会保障関係の給付訴訟、課税処分ないし申告の無効を原因とする納税債務不存在確認訴訟や過誤納金の返還請求訴訟、⁽⁵¹⁾公務員の給与等に関する訴訟、補助金の交付請求訴訟などが挙げられている。また、当事者訴訟の適否について、今日の裁判実務においては、「公法上の当事者訴訟であるのか無名抗告訴訟であるのかの振り分けのいかんによって、訴えの適否の判断が実質的に異なることになるのは相当ではない」と考えられている⁽⁵²⁾ので、前述の法定抗告訴訟の差止め訴訟や法定外告訴訟の差止め訴訟と重

(51) 司法研修所編（中込秀樹・市村陽典・綿引万里子・深山卓也）『改訂 行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』（法曹会、2000年）315頁。

(52) 司法研修所編・同上317-318頁。

量的に公法上の当事者訴訟の適法性が肯定されうる一方、訴訟類型の振り分けで訴えが否定されるようなことがあってはならないといえよう。

国籍関係訴訟をはじめとする上述の例から理解できるように、実質的当事者訴訟には給付訴訟と確認訴訟がある。本件の請求を給付訴訟として構成するならば、その請求の趣旨は「被告は、1年間の航空機騒音 WECPNL 75を超えて、航空機の運航による騒音を原告らの居宅に到達させてはならない。被告は、航空機の訓練飛行による騒音を原告らの居宅に到達させてはならない。被告は、毎日午後8時から翌日午前8時までの間、航空機の運航による騒音を原告らの居宅に到達させてはならない。被告は、これらの騒音を原告らの居宅に到達させるあり方で米軍の離発着の用に供してはならない。」などということになると思われる。道路や公共工事については、民事訴訟による差止請求として救済の途が肯定されているが、本件⁽⁵³⁾の場合は、単に公共施設の供用行為だけではなく、被害の直接の原因行為も防衛大臣の権限行使に起因しており、この点が道路騒音の場合とは異なり「公法上の法律関係」と解され得る。被告は、「法令上、国民に受忍が強制される事実行為は、それ自体に処分性が認められること」(被告・行政訴訟準備書面(4)、平成22・3・31)としているが、本節の冒頭で述べたように、ここにいう「処分性」が、仮に抗告訴訟の対象になることを意味しないとすれば、それは少なくとも「公法上の法律関係に関する訴訟」の対象になることを意味するはずである。この場合、訴えの実質的内容は、国民に受忍を強制する事実行為をしてはならない、ということになろう。

本件の請求を確認訴訟として構成するならば、その請求の趣旨は、原告の平成22年2月17日付け「訴えの追加的変更申立書」記載のような予備的請求の趣旨のほか、「被告は、原告らに対し、1年間の航空機騒音 WECPNL 75を超えないこととする義務を負うことを確認する。被告は、

(53) 最判1995(平成7)・7・7(国道43号線訴訟、前掲注(24))、最判1998(平成10)・7・16訟月45巻6号1055頁(紀宝バイパス道路建設工事差止請求事件)など。

原告らに対し、毎日午後8時から翌日午前8時までの間、航空機の運航による騒音を発生させない義務を負うことを確認する。被告は、航空機の訓練飛行による騒音を原告らの居宅に到達させるあり方で発生させない義務を負うことを確認する。被告は、原告らに対し、これらの騒音を原告らの居宅に到達させるあり方で米軍の離発着の用に供してはならない義務を負うことを確認する。」、あるいは、「原告らは、防衛大臣の自衛隊機の運航に関する権限行使によって、毎日午後8時から翌日午前8時までの間、航空機騒音の受忍を強制される地位にないことを確認する。」、「原告らは、防衛大臣の自衛隊機の運航に関する権限行使の結果として、1年間の航空機騒音 WECPNL 75を超える騒音の受忍義務を負う法律関係にないことを確認する」などということになると思われる。

これらの請求の趣旨は、いずれも同じ趣旨をいうものであるから、裁判所において、釈明により請求内容の特定を補助すべき事柄である。すなわち、裁判所の責任において、適法な訴えとして整理すべきである。

上記のうち給付訴訟については、訴えの利益を否定することはできない。この点は、抗告訴訟の差止め訴訟と同様である。請求は、人格権侵害が受忍限度を超える場合に認容されることになる。受忍限度の程度は、民事訴訟の場合と異ならないと解される。

確認訴訟の訴えの利益は、確認の利益があれば肯定される。その有無は、通例、当事者訴訟においても、①対象選択の適否、②方法選択の適否、③即時確定の利益の有無、という3点から検討される。救済の途として民事訴訟も抗告訴訟も否定される場合には、当事者訴訟が残された道であるから、当然に②は肯定されるし、騒音被害が継続しているのであるから、騒音をもたらす法律関係を否定する趣旨の確認判決は、現時点の権利救済として十分な意義を有するものであるので、当然に③も肯定されよう。本件において明確でないのは、①をめぐる問題である。

4) 本件における確認の対象

上記のうち①で問題とされる確認の対象は、一般的には「公法上の法律関係」であるが、本件に即して考えれば、(a) 被告の側における権限行使（非権力的な、広義の「公権力の行使」に当たる行為）に関する義務の存在、または、(b) 原告の側における（受忍等の）義務の不存在である。

(a) の場合、防衛大臣の権限行使が、例えば行政代執行法 2 条における行政庁の命令のように、命令の相手方に対して直接かつ明示的に義務の内容を示す意思表示であれば、それを捉えて抗告訴訟を提起すべきことになる。被告・行政訴訟準備書面（3）は「防衛大臣の権限行使としてされる自衛隊機の運航という事実行為が抗告訴訟の対象になるというものであれば、被告は特に争わない」と述べているが、対象の不明確さは否めない。抗告訴訟は、行政処分という行為がもたらす権利侵害を救済するために、当該行為そのものを攻撃する訴訟であるが、第一に、防衛大臣の権限行使が内部行為にとどまる可能性があること、第二に、自衛隊機の運航という事実行為はまったく受忍義務を課す意思表示にはならないことが、抗告訴訟制度を用いる上での問題点である。

上記第一について検討すると、防衛大臣の自衛隊機運航に関する命令は、組織内部での職務命令であると考えられる。職務命令には 2 種類があり、一つは、訓令的なもの、つまり行政組織間の指揮監督権としてなされるのもであって、この結果として行政作用の違法が発生した場合には、行政作用の相手方が是正を求めることができるものとされている。^(53a) この場合の是正方法は、抗告訴訟に限られないと考えられる。もう一つは、職務命令がもっぱら公務員自身に関する規律としてなされるような場合である。この場合の違法命令の是正方法は、当該職務命令を処分とみなして抗告訴訟を提起することが考えられる。^(53b) 本件における防衛大臣の権限行使は、前者に該当するので、抗告訴訟以外の方法を含めて、救済の途が検討される

(53a) 塩野宏『行政法Ⅲ・行政組織法 [第 4 版]』（有斐閣、2012年）315-316頁。

(53b) 塩野・同上316-317頁。

べきことになる。上記第二について検討すると、本件で問題となっているのは、権限行使の執行行為によってもたらされる法律関係であるから、その違法状態の確認や是正は当事者訴訟に適合するものと考えられる。

(b) の場合、行政権の行使による義務の賦課が公法上の法律関係に該当することは疑う余地がない。行政権の行使が狭義の「行政処分」である場合には、端的に「当該行政権の行使を争うべし」とするのが抗告訴訟制度であり、行政権の行使がこれに当たらない場合には当事者訴訟が救済の途となる。この場合、例えば、「原告らは、防衛大臣の自衛隊機の運航に関する権限行使の結果として、1年間の航空機騒音 WECPNL 75を超える騒音の受忍義務を負う法律関係にないこと」が確認されるならば、当該受忍義務を強制する防衛大臣の権限行使は違法とみなされることになる。

このように見てくれば、「防衛大臣の権限行使としてされる自衛隊機の運航という事実行為」を対象として当事者訴訟の確認訴訟を提起することも、適切であって、確認の利益を認めることができると言いうる。

5) 本件において当事者訴訟の活用は可能である

以上のとおり、本件において実質的当事者訴訟を用いることは可能であり、裁判実務上の観点からその適法性を否定することはできないと考えられる。

(5) まとめ

裁判所法3条によれば、裁判所は、「一切の法律上の争訟を裁判」する責任を負っているのであるから、当該法律上の争訟について、何らかの救済の途を示す責任がある。民事差止訴訟が不適法だとすれば、裁判所は、上記の法定抗告訴訟・法定外抗告訴訟・当事者訴訟いずれかを救済方法として採用しなければならない。

4 米軍機騒音の差止めまたは義務確認の請求

(1) 問題の所在 (論点整理)

1) 厚木基地最判の判断

厚木基地最判は、米軍機の離着陸の差止めおよび音量規制等の請求に関して、次のように判断した。

「上告人〔原告〕らは、米軍機の運航等に伴う騒音等による被害を主張して人格権、環境権に基づき米軍機の離着陸等の差止めを請求するものであるところ、上告人らの主張する被害を直接に生じさせている者が被上告人〔被告〕ではなく米軍であることはその主張自体から明らかであるから、被上告人に対して右のような差止めを請求することができるためには、被上告人が米軍機の運航等を規制し、制限することのできる立場にあることを要するものというべきである。」「これを本件についてみると、原審の確定したところによれば、本件飛行場は、原判決の引用する一審判決別冊第 1 図青枠部分の区域からなり、被上告人が米軍の使用する施設及び区域としてアメリカ合衆国に提供しているものであって（日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約（昭和35年条約第 6 号）6 条参照）、昭和46年 6 月30日に我が国とアメリカ合衆国との間で締結された政府間協定により、同年 7 月 1 日以降、（1）前記第 1 図の緑斜線部分は、日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第 6 条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定（昭和35年条約第 7 号）2 条 4 項（a）に基づき、米軍と我が国の海上自衛隊の共同使用部分とされ、（2）同図赤斜線部分は、海上自衛隊の管轄管理する施設となったが、同項（b）の規定の適用のある施設及び区域として米軍に対し引き続き使用が認められ、（3）同図黄色部分は、引き続き米軍が航空機を保管し整備等を行うため専用している。このように、本件飛行場に係る被上告人と米軍との法律関係は条約に基づくものであるから、被上告人は、条約ないしこれに基づく国内法令に特段の定めのない限り、米軍の本件飛行場の管理運営の権限を制約し、その活

動を制限し得るものではなく、関係条約及び国内法令に右のような特段の定めはない。そうすると、上告人らが米軍機の離着陸等の差止めを請求するのは、被上告人に対してその支配の及ばない第三者の行為の差止めを請求するものというべきであるから、本件米軍機の差止請求は、その余の点について判断するまでもなく、主張自体失当として棄却を免れない。論旨は採用することができない。」「原審の説示するところも、その趣旨は右と同一に帰するところ、原審が上告人らの本件米軍機の差止請求に係る訴えを不適法として却下したのは相当でないが、右却下部分を取り消して上告人らの請求を棄却するのは不利益変更禁止の原則に触れるから、右却下部分に対する上告はこれを棄却すべきである」。

2) 厚木基地（本件飛行場）における青枠部分・緑斜線部分・ 赤斜線部分・黄色部分

米軍機離着陸の差止請求に関する厚木基地最判の判断の問題点を明瞭にするためには、上記で色分けされた本件飛行場の4つの区域の法律関係を正確に理解する必要がある。

第一は、「青枠部分の区域」（平成20年5月2日付け被告・答弁書12頁「本件飛行場概要図」中の本件飛行場全体）であって、そこには、以下に述べる3種類の法律関係の下にある区域が含まれている。

第二は、「(1) 緑斜線部分」（同上「日米共同使用 (2-4-a)」として示された部分）であって、日米地位協定2条4項(a)に基づく日米共同使用の区域である（以下、この区域を「2-4-a 区域」という）。この区域の管理権を所管しているのは米軍である。

第三は、「(2) 赤斜線部分」（同上「米軍一時使用 (2-4-b)」として示された部分）であって、日米地位協定2条4項(b)に基づいて、米軍に対して一時使用が認められる区域である（以下、この区域を「2-4-b 区域」という）。この区域の管理権を所管しているのは日本国政府（海上自衛隊）である。

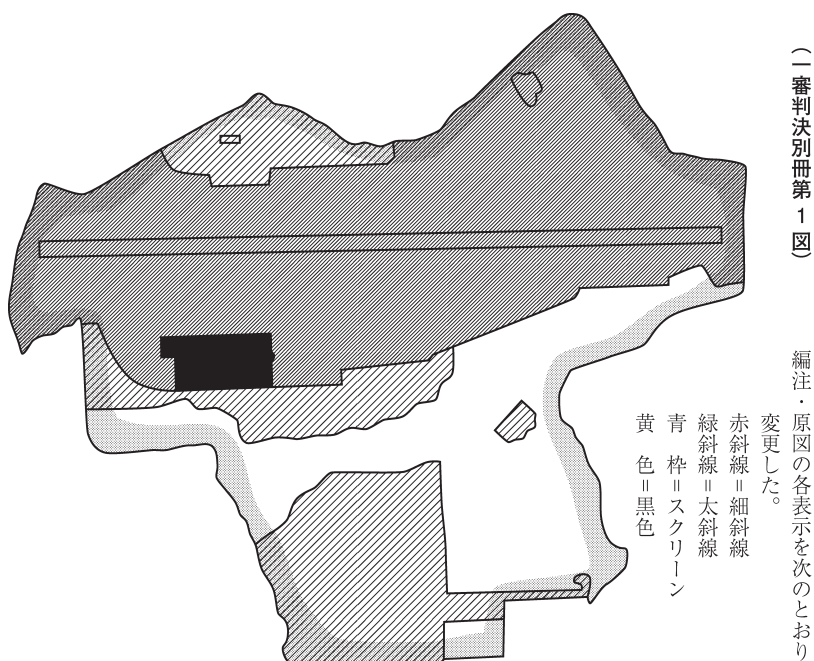
第四は、「(3) 黄色部分」であって、日米地位協定2条1項(a)に基

づいて、米軍専用区域として米軍に使用が認められている区域である。また、上記緑斜線部分、赤斜線部分および黄色部分を除いたその他の部分も、米軍専用区域である（同上「米軍専用区域（2-1-a）」として示された部分）（以下、これらの区域を「2-1-a 区域」という）。この区域の管理権を所管しているのは米軍である。

3) 厚木基地最判の問題点

厚木基地最判の上記引用部分における最大の問題点は、上記2-4-a 区域および2-1-a 区域と2-4-b 区域とは管理権に関する法律関係がまったく異なるにもかかわらず、これらを「本件飛行場に係る被上告人〔被告・国〕

(54)
図 厚木基地の概念図



(54) 大内・前掲注(47)192頁より引用。

と米軍との法律関係は条約に基づくものであるから」などと述べて一括して扱い、「被上告人は、条約ないしこれに基づく国内法令に特段の定めのない限り、米軍の本件飛行場の管理運営の権限を制約し、その活動を制限し得るものではない」という判断を導いている点である。いうまでもなく、同じく「条約に基づく」といっても、2-4-a 区域・2-1-a 区域と2-4-b 区域とでは、米軍の使用に関する条約の根拠条文が異なり、したがって「国と米軍との法律関係」は異なる。前者の管理権は米軍にあるのに対して、後者（2-4-b 区域）については日本国政府（海上自衛隊）が管理権を保有し、その管理権に基づいて米軍に対して一時使用を認めるという法律関係にある。

ここで明確にしておかなければならないことは、米軍機離着陸の差止請求に関して問題となる「本件飛行場の管理運営の権限」は2-4-b 区域における管理権だ、ということである。後述の本節（2）1）において確かめるとおり、厚木基地最判も、損害賠償の判断においては、米軍機の離発着による騒音被害は2-4-b 区域に関する日本国政府の管理に瑕疵があったことに起因すると判断している。したがって、上記2-4-a 区域および2-1-a 区域に関する管理権が米軍にあることは、原告らの米軍機離着陸の差止請求とは無関係であるし、また、上記2つの区域の管理権が米軍にあるからといって、2-4-b 区域の管理権が「米軍の本件飛行場の管理運営の権限」に属することにはならないのである。

それにもかかわらず、厚木基地最判は、米軍機離着陸の差止請求とは無関係である2-4-a 区域および2-1-a 区域に関する米軍の管理権を2-4-b 区域の管理権と無理矢理結びつけ、「青枠部分の区域」全体が同一の管理権の下にあるものとして扱った上で、2-4-b 区域の管理権も含めて飛行場全体が「米軍の本件飛行場の管理運営の権限」に属するものとみなして、2-4-b 区域をも「被上告人〔被告・国〕……の支配の及ばない」区域と判断し、米軍機離着陸の差止請求を棄却した。このような判断と「（2）同図赤斜線部分〔2-4-b 区域〕は、海上自衛隊の管轄管理する施設となった」

という同最判の説示とは、明らかに矛盾する。2-4-b 区域について「米軍に対し引き続き使用が認められ」るからといって、米軍が引き続き管理権を保有するわけではないこと、つまり「昭和46年6月30日に我が国とアメリカ合衆国との間で締結された政府間協定により、同年7月1日以降」、2-4-b 区域の管理権は米軍から日本国政府（海上自衛隊）に移管されたのであって、日本国政府の承認の下で米軍は2-4-b 区域の一時使用を許されるという法律関係に転換したことを、はっきりと確認しておかなければなら⁽⁵⁵⁾ない（厚木基地最判に関する大内俊身調査官解説は、2-4-b 区域についても地位協定3条に基づいて米軍が管理権を有するかのよう⁽⁵⁶⁾な見解を述べているが、このような見解が成り立たないことについては、後述（3）2）で詳しく論じる）。

以上、要するに、厚木基地最判の問題点は、「被上告人〔被告・国〕が、米軍の本件飛行場の管理運営の権限を制約できるか」という誤った問を立ててしまった点にある。2-4-a 区域や2-1-a 区域における「米軍の本件飛行場の管理運営の権限」については、もともと米軍に地位協定3条1項の管理権があるから、被告・国の制約が直接及ばないのが原則であろう。しかし、本件で問われているのは、被告・国が「米軍の本件飛行場の管理運営の権限」を制約できるか否かではなく、2-4-b 区域において被告・国が「国の本件飛行場の管理運営の権限」を米軍に対して行使できるか否か、つまり被告・国が米軍機の滑走路使用（2-4-b 区域の使用）を制約できるか否かである。法律関係の異なる区域を一緒くたにして、白を黒と言いくるめる類の厚木基地最判や被告・国の議論は改められなければならない。

(55) この使用転換を厚木基地最判がまったく検討しなかったことおよび同最判がこの転換をふまえることなく行った議論が成り立たないことについては、松井芳郎「厚木基地1次訴訟最高裁判決の問題点——国際法原則の無理解を中心に——」（2012年7月19日付け、本件鑑定意見書）15頁以下参照。

(56) 大内・前掲注（47）185-186頁。

4) 本件における原告と被告の主張

被告・国は、1971（昭和46）年6月30日まで厚木基地全体が米軍の管理の下に置かれていたところ、同年7月1日より滑走路およびその周囲部分である2-4-b区域が日本側に返還され、海上自衛隊の管理下に置かれていることを認め、その上で、「米軍が本件飛行場において、航空機の運航活動を始めとし、駐留目的を達成するための諸活動を行うに際し、被告の管理権行使によって日米安保条約の目的の阻害となるような制約を設けることはできない」とし、また同時に「被告は、米軍機の運航そのものを制約する権限を有しておらず、本件飛行場における米軍機の運航に関し、使用のつど許可を与えるなどの行為を一切行っていない。米軍機が本件飛行場の滑走路等を使用することになるといふ『防衛大臣の使用許可』という行政行為は存在しないから、その差止めを求める訴えも不合法である」と主張している⁽⁵⁷⁾。

ここで被告は、2つの事柄を主張している。第一に、2-4-b区域における日本国政府の管理権の有無および米軍機に対する当該管理権行使の可否であり、第二に、米軍の滑走路使用に関する『防衛大臣の使用許可』という行政行為の有無である。

上記第一について、原告側も、日本国政府（被告・国）が2-4-b区域の管理権を有するとしており、この点に原告と被告の間に争いはないと思われる。争点となるのは、当該管理権を米軍機の滑走路使用について行使できるか否か、であろう。原告側は、米軍機の滑走路使用が違法である場合、当該管理権に基づいて被告・国はこれを制限できると主張するのに対して、被告側は、「日米安保条約の目的の阻害となるような制約を設けることはできない」と主張している。そして同時に、被告側は「被告〔国〕は、米軍機の運航そのものを制約する権限を有して」いない、とも主張する。換言すれば、被告は、(1)管理権に基づいて米軍機の滑走路利用を制約

(57) 被告・2008（平成20）年5月2日付け「答弁書」15-18頁、被告・2009（平成21）年2月23日付け「準備書面（3）」6-8頁。

することは可能だが、一定の——日米安保条約の目的の阻害となるような——場合には、その行使ができない旨と、(2)「制約する権限」そのものを有していない旨、という相矛盾する主張を同時に行っている。これはどのように整合的に理解できるのであろうか。(1)については、条約に基づく法律関係に関する一つの理解として、是認できるのであろう。一方、(2)については、「米軍機の運航そのものを制約する権限」を有するのは米軍司令官であろうから、もともと被告はこのような権限を有していない。2-4-b 区域の管理権と米軍機の運航に関する権限とは、まったく異質の権限である(したがって、厚木基地最判のいう「米軍機の運航等を規制し、制限することのできる立場」に、被告・国はもともと立つことはできないのである)。被告は、米軍機の運航に関する権限を被告が有していないことをもって2-4-b 区域(飛行場)の管理権を有していないとするような混乱した議論を行っているが、もはやこのような議論が誤りであることは明白であろう。本件の差止請求で問題とされているのは、米軍機の運航に関する権限の有無ではなく、米軍機の滑走路使用に関する被告の管理権行使の可否なのであるから、被告は、議論の出発点において、被告が2-4-b 区域の管理権を有すること、および、当該管理権に基づいて米軍機の滑走路使用を制約できることを確認した上で、一定以下の騒音での滑走路使用や夜間の使用制限という2-4-b 区域使用の制約がなぜ「日米安保条約の目的の阻害となるような制約」に当たるのかを主張すべきである。

上記第二について、原告側は、滑走路使用のつど許可処分を行っている旨を主張するのに対して、被告側は、使用許可権限は存在しないし、使用のつど許可を与えるなどの行為を一切行ってもいない旨を主張している。米軍機の滑走路使用(2-4-b 区域の一時使用)は、後述のように、厚木基地が条約に基づいて米軍の用に供されている点、および、これとの関係で普通財産として管理されている点から考えると、通常の行政処分に基づく使用とはいえないようである。しかし、条約に基づく使用であれ、国内法に基づく使用であれ、国以外の者による国有財産の使用は、慣習法上の権利

がない限り、何らかの法律行為（貸付けの契約等）または行政処分を経て初めて可能になる。米軍機の滑走路使用は慣習法上の権利の行使ではないので、そこには何らかの法律行為または行政処分が介在しているはずである。いかなる法律行為または行政処分がそこに介在しているのかは、厚木基地の使用関係を確かめた後に、考察することにしよう。

5) まとめ

以上のとおり、厚木基地最判においても本件における被告・国の主張においても、厚木基地（本件飛行場）の使用をめぐる法律関係についてかなり混乱した議論が行われている。そこで、以下において、厚木基地使用の法律関係を2-4-b区域に着目して明らかにした上で、2-4-b区域における被告・国の管理権の性質およびその行使の範囲、米軍機の滑走路使用权の根拠とその許容範囲を考察し、結論を得ることにしたい。

（2）「公の営造物」としての厚木基地の使用をめぐる法律関係

1) 損害賠償責任の所在からみた厚木基地の使用をめぐる法律関係

まず、日本国政府に管理権のある2-4-b区域がいかなる法律関係の下で米軍の用に供されているのかを、賠償責任のあり方の面から明らかにする。そのためには、米軍に管理権のある飛行場（2-1-a区域、2-4-a区域）の法律関係と対比することが便宜である。端的な例として、飛行場のほぼ全体が2-1-a区域である横田基地を取り上げ、これを厚木基地の2-4-b区域と比べてみたい。

横田基地周辺の住民による米軍機騒音の差止請求について、最高裁は、厚木基地最判と同一の期日に、同一の理由を用いて、請求棄却の判断を下⁽⁵⁸⁾した。

(58) 最判1993（平成5）・2・25集民167号下359頁、判時1456号53頁。上記厚木基地最判の下線部分と比べてみると、唯一異なるのは、厚木基地最判での「本件米軍機の差止請求」という表現が横田基地最判では「本件差止請求」となっている点だ

「本件飛行場に係る被上告人と米軍との法律関係は条約に基づくものであるから、被上告人は、条約ないしこれに基づく国内法令に特段の定めのない限り、米軍の本件飛行場の管理運営の権限を制約し、その活動を制限し得るものではなく、関係条約及び国内法令に右のような特段の定めはない。そうすると、上告人らが米軍機の離着陸等の差止めを請求するのは、被上告人に対してその支配の及ばない第三者の行為の差止めを請求するものというべきであるから、本件差止請求は、その余の点について判断するまでもなく、主張自体失当として棄却を免れない」。

横田基地については、飛行場のほぼ全体が2-1-a 区域であり、それゆえ米軍が条約上その管理運営の権限を有するので、「被上告人 [被告・国] が、米軍の本件飛行場の管理運営の権限を制約できるか」という問を立てることは、たしかに可能である。しかし、厚木基地についてこのような問を立てること自体が誤りであって、この点は前述 (1) 3) のとおりである。最高裁は、厚木基地最判の米軍機離着陸の差止請求に関する判断において、2-1-a 区域使用の法律関係と2-4-b 区域使用の法律関係とを同一視するという過ちを犯したのである。今後、裁判所は、同最判のこの点に関する過誤を是正しなければならないであろう。

では、最高裁が2つの法律関係を常に同一視していたのかといえ、そうではない。米軍機に起因する損害の賠償責任について、最高裁は、横田基地の場合と厚木基地の場合とではまったく異なった法律関係の理解を示しているのである。

横田基地最判は、日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第6条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定の実施に伴う民事特別法（以下「民特法」という）を適用

けである。なお、横田基地などの米軍に管理権のある飛行場に関する騒音公害の差止請求については、田山輝明『米軍基地と市民法——軍用地法制論』（一粒社、1983年）232頁以下、吉村良一「基地騒音公害の差止——米軍機による騒音公害を中心に」同『環境法の現代的課題——公私協働の視点から』（有斐閣、2011年）248頁参照。

して、国の損害賠償責任を認めた。すなわち、同法1条の不法行為（米軍機の違法な運航）および同法2条の設置管理の瑕疵（米軍の飛行場管理の瑕疵）があったとして、米軍の不法行為および施設管理の瑕疵を認めた上で、米軍に代位してその賠償責任を日本国が負うべきものと判断したのである。これに対して、厚木基地最判は、米軍機の違法な運航に起因する損害の賠償について、国家賠償法2条を適用して、国の損害賠償責任を認めた。すなわち、国自身の飛行場管理に瑕疵があったと判断したのである。これを敷衍すれば、厚木基地最判は、米軍機による騒音被害が2-4-b区域の使用によって生じていること、そして2-4-b区域に関する国の管理権行使に違法があったことを認めている、ということができる。

要するに、厚木基地最判は、損害賠償の面では、国の2-4-b区域の管理運営権限が日本国政府にある点を正しく捉え、その瑕疵（違法性）を的確に摘出していたにもかかわらず、差止請求の面では、2-4-b区域の管理運営権限が米軍にあるかのような誤った理解を示して、請求棄却の判断をしたのである。

2) 国有財産法制の仕組みからみた厚木基地の使用関係

次に、財産管理法制の面から2-4-b区域の法律関係を明らかにする。

「公の営造物」とは、ドイツ語の“öffentliche Anstalt”の訳語として定着した法令用語であり、施設面の物的要素とその管理に関わる人的要素とを包括するものと解されているが、今日では、国有財産・公有財産の管理および利用関係の対象を指す用語とみなして差し支えない⁽⁵⁹⁾。厚木基地は国有財産であるので、その管理および利用関係を規律するのは国有財産法である。

国有財産法3条によれば、国有財産は行政財産と普通財産に区分され、行政財産はさらに公用財産・公共用財産等に分類される。公用財産は国の

(59) 「営造物」概念の意義については、さしあたり、塩野・前掲注（53a）403頁以下参照。

事務・事業等の用に供することを目的とする財産、公共用財産は公共の用に供することを目的とする財産であり、普通財産はこのような特定の目的を決められていないその他の一切の国有財産をいう。行政財産と普通財産の管理上の大きな違いは次の点にある。すなわち、「行政財産は、貸し付け、交換し、売り払い、譲与し、信託し、若しくは出資の目的とし、又は私権を設定することができない」とされるのに対し（同法18条1項）、普通財産は、同法の規定に基づいて貸付け等の対象となりうるのである（20条）。自衛隊基地は、通常、上記のうちの公用財産（行政財産）として管理される。これに対して、厚木基地のような米軍の用に供される施設は普通財産にとどめられる。上述のとおり、公用財産にしてしまうと、米軍への貸付け等（国有財産の恒常的な供用）が不可能になるからである。米軍への貸付けなど、米軍の用に供する国有財産についての管理・処分の特例を定めているのが、日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第6条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定の実施に伴う国有の財産の管理に関する法律（以下「国管法」という）である。

日本国政府は、厚木基地の2-1-a 区域および2-4-a 区域を普通財産として米軍の用に供する一方、2-4-b 区域については、1971年7月1日の返還直後に、行政財産に変更することを検討したが、現在に至るまで普通財産のままだとされている⁽⁶⁰⁾。それゆえ、日本国政府は、条約上は地位協定2条

(60) 横浜地判1992（平成4）・12・21訟務月報47巻3号452頁、判時1448号42頁における被告・国の主張を参照。「昭和46年7月1日（共同使用開始）以降、被告引用図表第一図緑斜線部分は、地位協定2条4項aによる米軍管理共同使用区域となったが、引き続き米軍の管理する提供財産としての法律関係が残っている。同赤斜線部分（飛行場区域）は、同項bによる自衛隊管理共同使用区域となったが、これについては、防衛庁と大蔵省との間で国有財産法12条及び14条の規定による防衛庁の行政財産への所管換えが協議されたものの、諸般の事情から当面普通財産取扱規則5条該当事案として、同規則32条を適用し、所管換え手続完了までの間、使用承認を受けたものであり、以後海上自衛隊が管理し、米軍と共同使用することとな

を根拠として米軍への供用を行っているのであるが、国内法上は国管法2条に基づいて無償で米軍の使用を許しているものと考えられる。なお、この種の普通財産については、公共的管理の下に置かれている関係で、行政財産の目的外使用許可に類似した使用許可制度が挿入されている。⁽⁶¹⁾すなわち、普通財産でも、必要に応じて、使用許可などの手段（公権力の行使）を用いた管理が行われるのである。

以上、要するに、2-4-b 区域が普通財産として管理されている理由は、米軍の一時使用に供するためであり、そのための特別法として国管法が定められており、日本国は、米軍との関係では同法に基づいて一時使用を認めているのである。

3) 米軍による2-4-b 区域の一時使用に関する法律関係

では、米軍の2-4-b 区域使用の法律関係はどのような内容を有するのだろうか。

通常、普通財産に特定の目的が付されることはないが、厚木基地のような米軍の用に供される普通財産については、例外的に、日米地位協定によ

った」とされている。同地判および厚木基地第3次訴訟の横浜地判2002（平成14）・10・16訟務月報50巻4号1130頁、判時1815号3頁、判タ1115号86頁もこれに従った認定をしている。なお、東京高判1996（平成8）・12・2判時1601号107頁（北富士演習場入会地使用許可終了事件）は、「国管法2条により合衆国軍隊の用に供された国有財産（いわゆる提供財産）は、我が国が自らその事務、事業等の用に供するものではないから、国有財産法上の行政財産には当たらず、普通財産であると解される。しかしながら、提供財産は、安保条約に基づく我が国の義務の履行のために利用されている財産であるという意味では、国の行政目的達成のための財産として、むしろ行政財産に近い性質を有するものと考えられる」、としている。国有財産管理法5条による国有財産法24条の読み替えも、この点を裏づけるものである（「アメリカ合衆国の軍隊」の国有財産使用が公用・公共用の国有財産使用と同等に位置づけられている）。

(61) 米軍の用に供する国有財産の貸付けについては国管法4条1項、地方公共団体への貸付けについては、国有財産法20条・22条など。軍用地全般に関する法制度の研究として、田山・前掲注（58）10頁以下参照。

って一定の使用目的が定められている。厚木基地のうち2-1-a 区域は米軍専用、2-4-a 区域は米軍の管理下での日米共同使用、2-4-b 区域は日本国の管理の下での自衛隊の使用および米軍の一時使用、というのがその目的である。2-4-b 区域における米軍の一時使用の形態は、政府の統一見解によれば、次の4種類である。⁽⁶²⁾

- ①年間何日以内というように日数を限定して使用を認めるもの。
- ②日本側と調整の上、そのつど期間を区切って使用を認めるもの。
- ③米軍の専用する施設・区域への出入のつど使用を認めるもの。
- ④その他、右に準じて何らかの形で使用期間が限定されるもの。

そして厚木基地に関していえば、後述のとおり1971（昭和41）年の使用転換に際しての日米合意に基づく同年6月29日付閣議決定において、「本件飛行場は米側航空機による米側専用区域への出入のため及びそれに関連したその他の運航上の必要をみたすために使用される」とされており、この使用形態は上記③の使用だと位置づけられている。③の一時使用は「施設に行くために滑走路を使用する、そういう意味でその主たる目的にしたがってその限定された使用が認められ」るのである。ここでの「主たる目的」とは、「修理施設への出入り」および「隣接基地への補給・連絡」をいうものとされている。^(62a)このように、③の米軍の一時使用は限定的な目的の範囲内で認められるので、そこから外れる使用を米軍が行おうとする場合、日本国（海上自衛隊）は2-4-b 区域の管理権に基づいて、その使用を条約違反ないし日米合同委員会合意違反の使用として拒否しなければならないと解される。条約（日米地位協定）違反の使用を拒否することが「日米安保条約の目的の阻害となるような制約」に該当しないことは明らかであろう。そして、被告・国も「被告〔国〕の管理権行使によって日米安保

(62) 1971年2月27日・衆議院予算委員会における中曽根防衛庁長官の答弁。外務省「日米地位協定の考え方」琉球新報社編『日米地位協定の考え方〔増補版〕』（高文研、2004年）45頁。

(62a) 同上の答弁。同上46頁。

条約の目的の阻害となるような制約を設けることはできない」と主張して⁽⁶³⁾いるので、この点について異論はないと思われる。

厚木基地の上記の使用目的の限定からするならば、厚木基地の滑走路を使ってタッチ・アンド・ゴーなどの訓練を行うことは、もとよりその範囲外と思われる。まず、訓練という使用形態は、「修理施設への出入り」でも「隣接基地への補給・連絡」でもない⁽⁶⁴⁾ので、上記③には含まれない（いうまでもないが、法的な取り決めであるからには、「主たる目的に反するものではない」という理由⁽⁶⁵⁾であらゆる使用が許されることはありえないのであって、米軍の使用は、政府間協定で明示的に許容された目的の範囲内の使用でなければならない）。そうすると、この使用形態が条約上で認められる使用であるとすれば、②の使用だと解さざるをえないことになるが、被告の主張によれば、日本国（海上自衛隊）は、米軍機の離着陸のつど使用時間を区切って米軍機の2-4-b 区域使用を認めているわけではないということである⁽⁶⁶⁾ので、米軍機の訓練使用は②の使用でもないことになり、結局、当該使用の根拠は地位協定2条ではないことになる。このため、被告・国は、その根拠を地位協定2条ではなく、5条に求めているものと思われるが、この点は後に検討する（後述（3）4）参照）。

(63) 被告・前掲注（57）参照。

(64) 米軍の厚木基地の使用目的は、昭和46年6月29日付「閣議決定」別紙第6の「合衆国軍隊に提供する施設及び区域（使用転換）」6の「使用目的」欄では、「滑走路分等を海上自衛隊の管轄管理する施設とし、合衆国軍隊に対しては地位協定第2条4項（b）の規定の適用のある施設及び区域として一時使用を認める。」と記載されており、同8「備考」欄では、「1 本件飛行場は米側航空機による米側専用区域への出入りのため及びそれに関連したその他の運航上の必要をみたすために使用される。2 合衆国軍隊がこの施設を使用している期間は、地位協定の必要な条項が適用される。」と記載されている。したがって、地位協定第2条4項（b）の規定に基づいて米軍が厚木基地の2-4-b 区域を使用できるのは、条約上、上記記載の使用に限られる。

(65) 被告・前掲注（57）「準備書面（3）」7頁。

(66) 被告・前掲注（57）。

(3) 2-4-b 区域における管理権行使の範囲

1) 管理権に基づく米軍の一時使用に対する制約

再度確認すると、2-4-b 区域について日本国（海上自衛隊）が管理権を有することに争いはない。このことは、厚木基地最判が2-4-b 区域について「海上自衛隊の管轄管理する施設」と認め、本件の被告も2-4-b 区域の管理権の保有自体は否定しておらず、また国家賠償法上の管理責任と整合することからみても、明らかである。そうすると、この管理権に基づいて日本国は米軍による違法な2-4-b 区域の使用を制約できる、と考えるのが常識的だと思われる。被告・国も、「被告の管理権行使によって日米安保条約の目的の阻害となるような制約を設けることはできない」と主張しているので、「日米安保条約の目的の阻害とならないような制約であれば、被告の管理権行使によってこれを設けることができる」という趣旨の主張をしていると理解することができる。要するに、2-4-b 区域については日本国の管理権に基づいて米軍の一時使用を制約することは可能である、という点についても争いがないと考えられる。

上記が常識的な法解釈だと思われるが、それにもかかわらず、厚木基地最判はこのような解釈を採用せず、2-4-b 区域の管理権が米軍にあるかのように認定して、米軍機離着陸の差止請求を棄却する旨の判断に至っている。いかなる根拠に基づいて最高裁はこのような判断を行ったのであろうか。

2) 厚木基地最判のいう「米軍の本件飛行場の管理運営の権限」の根拠とその範囲

厚木基地最判が上記のように判断した根拠は、判決文をいかに精査しても明らかとはならない。しかし、同最判に関する大内俊身調査官の「解説」を参照すると、その根拠は日米地位協定 3 条だと推測できる。同調査官は、「その [2-1-a 区域、2-4-a 区域、2-4-b 区域の] 管理運営の権限

は、地位協定 3 条 1 項により、すべて米軍にゆだねられており、国に右権限はない⁽⁶⁷⁾」と解説しているのである。以下、この“3 条管理権”を 2-4-b 区域に適用することが可能か否かを検討しよう。

“3 条管理権”とは、「合衆国は、施設及び区域内において、それらの設定、運営、警護及び管理のため必要なすべての措置を執ることができる」と定める日米地位協定 3 条に基づく管理の権限であって、「施設・区域について米側が排他的使用権を有していることを意味する⁽⁶⁸⁾」とされている。そして、この権限は「米軍当局の一方的な判断のみで、日本国政府の同意なしで行使することができる」と理解されているため、「米軍が望むような基地使用の仕方を自由に引き出すことができる『打出の小槌』になる⁽⁶⁹⁾」という危険性のあることが指摘されている。この 3 条管理権は、もっぱら 2-1-a 区域と 2-4-a 区域における米軍の無制約の基地利用のために用いら⁽⁷⁰⁾れていると考えられるが、2-4-b 区域にもこの規定が適用されるのか否かは地位協定の条文上明らかではない。

常識的には、この 3 条管理権の規定は、何らかの特段の規定に基づいて日本国政府が米軍に対して設定・運営・警護・管理の権限を一定の施設および区域について認めている場合に、当該施設・区域内において米軍が必要な措置を執りうる旨を定めた規定だと解釈されるはずである。なぜなら、もし「施設及び区域」にこのような限定がないのであれば、米軍は日本国内のあらゆる施設・区域において 3 条管理権を行使できることになってしまい、それゆえ日本全土が米軍管理区域となってしまうからである。したがって、米軍に管理権がない 2-4-b 区域については、3 条管理権は及ばない⁽⁷¹⁾と解される。万が一、このような解釈を採用せず、3 条管理権が 2-4-b

(67) 大内・前掲注 (47) 185 頁。

(68) 外務省・前掲注 (62) 51 頁。

(69) 本間浩『在日米軍地位協定』（日本評論社、1996 年）161 頁。

(70) 本間・同上 163 頁以下、201 頁以下など参照。

(71) 松井・前掲注 (55) 9 頁は、日米地位協定の構造を検討した上で、3 条管理権が 2-4-b 区域に及ぶとする解釈は「明白に誤った結論」であり、「条約上の形式を

区域にも及ぶという解釈——管理権が「すべて米軍にゆだねられ」という前記大内解説の解釈——を採る場合であっても、それは、当該権限を行使できるのは米軍の一時使用時である「一定の期間ないし時間」に限られる、という解釈になるはずである。つまり、航空機基地における前記③の使用形態の場合には、米軍が2-4-b 区域内において必要な措置を執りうるのは、着陸の承認時から2-1-a 区域区域への到達時までの間、または、2-4-b 区域進入の承認時から滑走路の離陸時までの間に限られるのである。一方、地位協定 3 条は施設・区域内で米軍が「措置を執ること」を認めているだけであって、日本国政府の管理権を排除する定めではない点、および、いうまでもなく、この規定によって米軍による違法な措置の執行が許容されるわけではない点も、確認しておくべきである。⁽⁷²⁾

以上のとおり、仮に 3 条管理権が2-4-b 区域にも及ぶという解釈を採る場合であっても、米軍機が上記③の一時使用を行う前の時点（すなわち、2-4-b 区域進入前の時点）であれば、日本政府はその管理権に基づいて米軍機の離発着の規制を行うことができるのである。一方、3 条管理権が2-4-b 区域には及ばないという解釈を採る場合であれば、当然に、日本政府はその管理権に基づいて当該規制を行うことができる。そしてどちらの場合でも、米軍による2-4-b 区域使用の違法性が明らかである場合には、日本国政府は2-4-b 区域の管理者として当該使用を制約しなければならないのである。

なお、前記の大内解説は、不動産賃借人が行う迷惑行為を不動産所有者（賃貸人）は除去しうる立場にないと述べるが、厚木基地最判後に示された最高裁の判断である国道43号線公害訴訟判決を参照するならば、もはや大内解説のような民事関係の例を公共施設使用の法律関係に適用することはできない。同判決によれば、公権力の行使にかかわらない公共施設管理

むしするもの」だとしている。

(72) 条約の枠組みからみた 3 条管理権の限界に関する詳細な検討として、松井・同上10頁以下参照。

の瑕疵の結果として周辺住民に騒音等の被害を及ぼしている場合には、施設利用者ではなく、施設管理者に対して差止めを求めるべきことになるからである。⁽⁷³⁾ 米軍が周辺住民に対して「公権力の行使」を行うことはありえないし、またそれゆえ、米軍機の運航については「その運航に必然的に伴う騒音等について周辺住民の受忍を義務づけるもの」ではありえないので、周辺住民に受忍義務が生じることはない。したがって、周辺住民は、道路の場合と同じように、施設使用者（米軍機）に対してではなく、施設管理者（被告・国）に対して施設提供の差止めを求めうることになるのである。⁽⁷⁴⁾

3) 日本国政府の管理権行使の方法と米軍の一時使用との関係

上記で確かめたとおり、日本国政府は、米軍の違法な2-4-b区域使用に対してその使用を禁止できるし、また禁止すべきことになるが、いかなる方法によってこれを行うのであろうか。この点は、米軍の一時使用の法律関係を条約上の合意（一種の契約）に基づくものと解するか、条約・法令に即した個別の管理権行使に基づくものと解するかによって異なる。

前者によれば、米軍による2-4-b区域の一時使用は、日米地位協定2条4項(b)とこれを具体的に実施する1971年6月30日の日米合同委員会合意（日本国とアメリカ合衆国との間で締結された政府間協定）並びに国内法上の根拠となる国管法2条に基づき日本国政府が「出入のつど使用を許す」結果として可能になる、と理解される。この場合の「使用を許す」行為は、米軍機の出入りのつど行われる2-4-b区域管理者の使用承諾の意思表示（被告のいう“交通整理”として行われる管理者の指示）に基づくと解することも、国管法2条に基づく包括的な使用許諾の下で米軍機側の意思表示

(73) 前掲注(24)参照。

(74) 付言すれば、日米地位協定5条によって米軍は常時2-4-b区域の利用が可能だという解釈もありうるが、この場合でも、米軍（施設利用者）は日本国政府（施設管理者）の管理に服することになる。

だけで行われている——つまり米軍の使用については公物の自由使用（一般使用）に類似する状態に置かれている——と解することもできる。そして、どちらの理解を採るにせよ、日本国政府（2-4-b 区域管理者）は、条約の目的に反することが明らかな一時使用に対しては、承諾の拒否または国管法 2 条に基づく許諾の一時的撤回という方法で、これを制限・禁止することができる。例えば、米軍機が明らかに核兵器や覚せい剤の搬入を行おうとしている場合、日本国政府は、2-4-b 区域への当該搬入を禁止することになる。これと同様に、周辺住民に違法な騒音を受忍させるような状態での米軍機の一時的使用に対しては、2-4-b 区域への進入承諾の拒否または包括的許諾の一時的撤回という方法で、当該使用を認めないこととするのである。

後者の、個別の管理権行使に基づくものという解釈によれば、米軍機の出入りのつど行われる“交通整理”の指示が一種の行政処分という性質を持つことになる。交通規制のために行われる警察官や信号機による指示（道路交通法 6 条・7 条）と同様に、行政処分によって米軍機の出入りが規制⁽⁷⁵⁾されていると理解するのである。この解釈に基づけば、米軍機に対する規制は、進入の許可処分を行わないことを通じて実施される。例えば、毎日午後 8 時から翌日午前 8 時までの間、一切の米軍機の 2-4-b 区域進入について許可処分を行わないという形態で規制権限を行使することになる。一方、一時使用の許可処分をあらかじめ得ている施設の使用として米軍機の 2-4-b 区域使用を理解することも不可能ではない。この場合、2-4-b 区域への進入許諾の指示は単なる行政指導（信号機でいえば青信号）であるが、事情によっては進入禁止の指示（信号機でいえば赤信号）が出されることもある。この禁止の指示は一種の行政処分と考えられる。条約の目的に反することが明らかな米軍機の違法な一時使用に対しては、上記の禁止の指示によって 2-4-b 区域の使用を認めないという形態で規制権限を行

(75) 厚木基地のような米軍の用に供される普通財産について行政処分を用いた管理がなされうることについては、前掲注 (60) 参照。

使することになろう。

4) 訓練（タッチ・アンド・ゴー）での一時使用の根拠とその規制

最後に、訓練（タッチ・アンド・ゴー）での一時使用の問題を検討する。本節（2）3）で述べたとおり、この形態での2-4-b 区域使用は、「③米軍の専用する施設・区域への出入のつど使用を認めるもの」には該当しないし、また、「被告は、同部分〔2-4-b 区域〕を使用する米軍機の活動目的を被告が使用ごとに確認したり、使用のつど使用を許可するといった行為などは予定していないし、実際も、そのような許可行為は行われていない⁽⁷⁶⁾」というのであるから、「②日本側と調整の上、そのつど期間を区切って使用を認めるもの」にも該当しない。

そこで被告・国は、米軍機が訓練（タッチ・アンド・ゴー）で2-4-b 区域を使用しうる根拠を、日米地位協定2条ではなく、同協定5条に求めることとしたものと考えられる。そうだとすると、一般の空港や港湾を米軍が使用する場合——この場合も無料で、しかも航空法や港湾法所定の使用許可を得ることなく当該施設を使用することができる——と同様に、米軍機は施設管理者の指示および日本の法令に従って当該施設を使用すべきことになる。外務省の見解によれば、「地位協定第5条は、一般国際法上軍艦又は軍用航空機の外国の港又は飛行場への出入については、当該外国の許可を要することとされていることとの関連で、同条に規定する船舶又は航空機の出入自体についてその都度我が国の許可を要しない旨を定めた規定」であって、例えば、事前協議なしに核装備を有する米軍艦が寄港することに対しては当該許可を与えないものとされている⁽⁷⁸⁾。したがって、同協定5条に基づく米軍機の施設使用が日本の法令に照らして違法状態になっているときは、施設管理者である被告・国は、その使用を禁止または制約

(76) 被告・前掲注(57)「答弁書」18頁。

(77) 被告・前掲注(57)「準備書面(3)」7-8頁。

(78) 外務省・前掲注(62)68頁。

することができるし、そうすべきであろう。

(4) まとめ

厚木基地最判における米軍の厚木基地使用に関する判断の最大の問題点は、2-4-a 区域・2-1-a 区域と2-4-b 区域とを一括して扱い、日本国政府の2-4-b 区域の管理権を否定したことである。しかし、本件で解明されるべきは2-4-b 区域の法律関係であり、そこでの米軍の一時使用と日本国政府の管理権との関係である。賠償責任法制および国有財産管理法制からみる限り、2-4-b 区域について日本国政府の管理権は存在しており、この点は厚木基地最判被告・国も認めており、そして当該管理権に基づいて米軍の一時使用を規制することは可能であることに争いはない。米軍機による2-4-b 区域の違法な一時使用という実態を是正すること（一定以下の騒音での運航や一定の時間帯の飛行差止め）が条約の目的を阻害することになるとは考えられないから、被告・国は、その管理権に基づいて、米軍機の一時的使用のあり方を規制すべきである。地位協定3条に基づく“3条管理権”が2-4-b 区域に適用されとしても、日本国政府は上記と同様に米軍機の一時的使用を規制することができるし、規制しなければならない。訓練（タッチ・アンド・ゴー）については、通常の国有財産管理者としての立場で、同協定5条に基づく使用を規制することができるし、使用が違法状態にあれば規制しなければならない。

5 結論

周辺住民の騒音被害が違法な状態にあることは、最高裁も認めているところであって、裁判所は当該違法状態を除去する責任を負っている。金銭賠償はもはや原告らの救済とはならず、騒音の発生を制限するか、またはこれを差し止めることによって当該違法状態を除去するのでなければ、救済とはならないのが現状である。

このような現状に照らしてみれば、裁判所は、自衛隊機騒音に対する上記救済に関し、民事訴訟による救済を否定するのであれば、法定抗告訴訟・法定外抗告訴訟・当事者訴訟いずれかの訴訟類型を用いて、被害の救済を図らなければならない。行政活動の事実行為に対する救済については、本稿の前半で沿革を概観したとおり、最高裁判決も含めて紆余曲折を経てきたのであるが、2004年の行政事件訴訟法改正を契機として問題解決の端緒が与えられた。現在では、裁判所は、この改正をふまえた解決を図らなければならないのである。

また、米軍機騒音に対する被害の救済に関し、裁判所は、被告・国が2-4-b区域の管理権を有することをふまえるとともに、その管理権の行使が地位協定等の条約に抵触するものでないことをふまえなければならず、この点に関する厚木基地最判の過誤を是正すべきである。そして、被告・国に当該管理権を適正に行使させる旨の判決を出すことによって原告らの救済を図らなければならない。